Forderungsübergang kraft Gesetzes
nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walter Pertzel
Referendar in Gera (Reuß).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Sondernachfolge in Forderungen 1

Ausführung.

Der Forderungsübergang kraft Gesetzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Die Voraussetzungen des gesetzlichen Forderungsübergangs im allgemeinen.
1. Übertragbare Forderungen 7
2. Unübertragbare Forderungen 8
II. Die Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs 10
A. Die Fälle des einfachen gesetzlichen Forderungsübergangs 11
B. Die Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs in den Subrogationsfällen.
a) Voraussetzung des gesetzlichen Forderungsübergangs in den Subrogationsfällen und Aufzählung der in Betracht kommenden Fälle 13
b) Besprechung des gesetzlichen Forderungsübergangs in den einzelnen Subrogationsfällen 14
III. Rechtliche Natur des gesetzlichen Forderungsübergangs . . 40
IV. Die Wirkungen des gesetzlichen Forderungsübergangs.
1. Rechtsbeziehungen zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger 44
2. Rechtsbeziehungen zwischen dem Schuldner, dem alten und dem neuen Gläubiger.
a) Vor Kenntnis des Forderungsübergangs 46
b) Nach Kenntnis des Forderungsübergangs 47
3. Die rechtliche Stellung des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger.
a) Aufrechnung (§ 406) 49
b) Einwendungen des Schuldners 50
V. Rechtsverhältnisse bei mehrfachem Forderungsübergange.
1. Anderweite Verfügung des alten Gläubigers über die schon übergegangene Forderung 53
2. Nochmaliger Wechsel des neuen Gläubigers 54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0094

Literaturverzeichnis.

Affolter, über Zession von Forderungen. Im Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann, Bd. 13 1897.

Bähr, Zur Zessionslehre. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 1 1857.

Bendix, Die Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. Im Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann, Bd. 25 1905.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1903.

Breit, Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 48. Jahrg. 2. u. 3. Heft 1904.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 Abt. 1 1909, Bd. 2 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2 1902, Bd. 3 1905, Bd. 4 1908.

Dernburg-Engelmann, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2 Abt. 1 1909, Bd. 2 Abt. 2 1906.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 1908.

Dernburg, Deutsches Familienrecht. 1908.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1903, Bd. 2 Abt. 1: Sachenrecht 1905, Bd. 2 Abt. 2: Familienrecht 1908.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904.

Francke, Teilstücke einer Forderung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 67. Jahrg. Nr. 14 1902.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. 1902.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte. Graz 1904.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 1. 1906.

Kremer, Die Mitbürgschaft. Straßburg 1902.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erste Hälfte. 1904.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des preuß. allgem. Landrechts. 1899.

Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. In Ungers Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 51 (Neue Folge Bd. 31) 1904.

Männer, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1906.

Marcus, Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In den Blättern für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts 17. Jahrg. 1906 Nr. 1.

Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahrg. 1903 Nr. 23.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1, 2, 3, 4.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. 1836.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1909.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 2. 1909.
Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden. Im Archiv für zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Hartmann, Mandry, Wendt, Bd. 82 (Neue Folge Bd. 32) 1894.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Opet-Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Abschn. 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 1897, Bd. 2 1907, Bd. 3 u. 4 1906.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn.
Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession. Im Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry, Bd. 63 (Neue Folge Bd. 13) 1880.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 2. 1903.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Scherer, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. 1900.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 1904.
Schmidt-Habicht, Familienrecht. Bd. 4. Abt. 1. 1907.
Schulz, Rückgriff und Weitergriff. Heft 21 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, 1907.
Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB. Im Recht 8. Jahrg. 1904 Nr. 18.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2 1908, Bd. 3 1907, Bd. 4 Teil 1 1907, Teil 2 1908.
Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes 52. Jahrg. 4. u. 5. Heft 1908.
Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahr. 1903 Nr. 16/17.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 1906. Bd. 1: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 1876.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 1906.
Zeitlmann, Zur Auslegung der Bestimmung, daß der kraft Gesetzes erfolgende Übergang einer Forderung nicht zum Nachteile des früheren Gläubigers geltend gemacht werden kann. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 74. Jahrg. 1909 Nr. 3.

Einleitung.

Sondernachfolge in Forderungen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine doppelte Nachfolge in Rechte und Verpflichtungen. Die eine Art gehört dem Erbrechte an und tritt ein mit dem Tode des Erblassers. Das Vermögen des Erblassers geht als Ganzes auf den oder die Erben über (§ 1922).[1]) Es findet eine Universalsukzession statt, die schon dem römischen Rechte bekannt war, eine Sukzession in Rechte und Pflichten von Todes wegen.

Die zweite Art der Sukzession gehört den Rechtsgeschäften unter Lebenden an. Sie ist die Nachfolge in einzelne Rechte und Pflichten, die wir im Bürgerlichen Gesetzbuch unter den Titeln „Übertragung der Forderung" (§§ 398 ff.) und „Schuldübernahme" (§§ 414 ff.) finden. Uns interessiert hier nur der berechtigende Teil der Sukzession, die Nachfolge in Rechte oder Forderungen oder, wie die Mot. Bd. 2 S. 118 treffender den diese Materie behandelnden Abschnitt bezeichnen, „Sondernachfolge in Forderung".

Wir pflegen die Übertragung der Forderung kurz Zession zu nennen in Erinnerung an die Zession des römischen Rechts. Tatsächlich aber entspricht der Charakter unserer modernen Zession keineswegs demjenigen des Rechtsinstituts, das die Römer damit bezeichneten.

Im alten römischen Rechte[2]) hielt man die Übertragung von einzelnen Forderungen für unzulässig, da einmal die alten zivilen Formen der Übertragung, die mancipatio, in iure cessio und traditio, versagten,[3]) und da man ferner zu starr an der alten Regel, daß die obligatio ein iuris vinculum sei, festhielt. Infolgedessen sah man in einem Personenwechsel des Gläubigers eine Veränderung des Schuldverhältnisses überhaupt. Zur Herbei-

---

[1]) Die ohne Zusatz zitierten Paragraphen gehören dem BGB. an.

[2]) vgl. zu den folgenden Ausführungen Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2 § 329 S. 361; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 574 S. 100, 1; Stammler, Recht der Schuldverh. Nr. 51 S. 181 f.

[3]) Gaius II, 38.

führung eines Wechsels in der Person des Gläubigers war es erforderlich, einen neuen Vertrag zu schließen. In diesem neuen Vertrage versprach der Schuldner in Stipulationsform auf Wunsch des Gläubigers die Leistung einem anderen: die novatio obligationis.[4])

Mit der Entwicklung des Formularprozesses war die Möglichkeit der Prozeßstellvertretung ausgebildet worden.[5]) Man umging nun die umständliche Form, eine Forderung durch Novation zu übertragen, dadurch, daß der Gläubiger im Prozesse dem Gegner gegenüber Prozeßstellvertreter (cognitores) ernannte oder procuratores durch ein mandatum ad agendum mit der Prozeßführung beauftragte. Auf Grund des mandatum war der Prokurator, den man später cessionar nannte,[6]) verpflichtet, da er alieno nomine handelte, dem Vertretenen Rechnung zu legen und das im Prozeß Erlangte herauszugeben. Der Gläubiger konnte den Prokurator von diesen Pflichten entbinden, dann handelte der Prokurator dem Gläubiger gegenüber in rem suam, und als solcher war er von der Herausgabepflicht befreit.[7])

Da aber der Prokurator immer noch von einem mandatum ad agendum abhängig war und dieses jederzeit unwiderruflich, auch unvererblich war, war die Stellung des Prokurator bis zur litis contestatio, bis zu dem Zeitpunkte, in dem er dominus litis wurde, eine unsichere.[8])

In der Kaiserzeit wurde nun die Stellung des Prokurator insofern eine bessere, als ihm eine actio utilis gewährt werden konnte, und zwar ohne Rücksicht auf ein Prozeßmandat,[9]) lediglich auf Grund „des rechtsübertragenden Geschäfts".[10]) Ein Unterschied von der actio mandata liegt auch noch darin, daß der Zessionar auf Grund der actio mandata erst mit der litis contestatio dem Schuldner gegenüber vollberechtigt wurde, während er, gestützt auf eine actio utilis, schon mit der Denunziation an den Schuldner diesem gegenüber vollberechtigt wurde.[11])

Um einem anderen als dem Gläubiger die Geltendmachung der Forderung zu ermöglichen, hatte man im neueren römischen Rechte für die schwerfällige Form der Novation im Wege des Prozeßrechts die einfachere Übertragung der actio ausgebildet.

---

[4]) Gaius l. c.
[5]) Wangerow a. a. O. S. 100, 101.
[6]) Stammler a. a. O. S. 183.
[7]) Windscheid a. a. O. S. 362.
[8]) Wangerow a. a. O. S. 101.
[9]) Windscheid a. a. O. S. 362, 6.
[10]) Wangerow a. a. O. S. 102.
[11]) Wangerow a. a. O. S. 104.

Aber auch mit der Übertragung der actio utilis war ein Forderungsübergang nicht anerkannt. Durch Gewährung dieser actio war der Dritte als Stellvertreter suo nomine befugt, den Anspruch des Gläubigers geltend zu machen, aber eine Forderungsübertragung, verbunden mit dem Eintritt des Dritten in das Schuldverhältnis an Stelle des Gläubigers, wie wir sie heute kennen, hatte das römische Recht nicht anerkannt.[12])

Diese Anschauung des römischen Rechts machte sich auch noch im gemeinen Recht geltend und war von so großem Einflusse, daß man bis in das 19. Jahrhundert von der Ansicht der Unübertragbarkeit der Forderung sich nicht frei machen konnte.

So finden wir z. B. noch bei Mühlenbruch[13]) die Ansicht vertreten, daß „die Übertragung einer Forderung sich nicht mit ihrem Wesen vereinbaren lasse, dessen Charakteristikum gerade in der wechselseitigen Beziehung bestimmter Personen bestehe, und daß mit dem Wegfalle dieser Beziehung auch das Recht aufhöre". Aus dieser Ansicht erklärt sich auch Mühlenbruchs Definition der Zession[14]) „als Übertragung der Befugnis, ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen". Wir sehen deutlich den Einfluß des altrömischen Gedankens, daß der Dritte nur auf Grund eines Mandats die Forderung geltend machen könne. Der Zessionar übt also nach Mühlenbruchs Ansicht das zedierte Recht als eigenes aus, tatsächlich aber bleibt dasselbe ein fremdes Forderungsrecht, auf das der Zedent nicht nur einwirken kann, sondern dessen Wirkungen bis zu seinem Untergange auch auf den Zedenten sich erstrecken.[15])

Erst allmählich entstehen der veralteten römischen Anschauung Gegner.[16]) Windscheid[17]) wendet sich vollständig von der alten Anschauung ab und erkennt die Sondernachfolge in Forderungen, die im Wege des Gewohnheitsrechts sich schon Bahn gebrochen hatte, unbeschränkt an, indem er damit den Erfordernissen des modernen Wirtschaftslebens Rechnung trägt. Doch vertritt Windscheid mit seiner Ansicht durchaus noch nicht die allgemeine Auffassung.[18])

Diesen Widerstreit der Ansichten ein für allemal zu beseitigen, lag nicht in der Macht eines oder einzelner Männer, vielmehr

---

[12]) Vangerow a. a. O. S. 103; Windscheid a. a. O. S. 363; Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 862, 5.
[13]) Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte S. 20 ff.
[14]) a. a. O. S. 222.
[15]) Mühlenbruch a. a. O. S. 224; Vangerow a. a. O. S. 105.
[16]) z. B. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 1 S. 407.
[17]) Windscheid a. a. O. S. 363 Anm. 9 u. 10.
[18]) z. B. Vangerow a. a. O.

bedurfte es dazu eines Aktes der Gesetzgebung, und zwar einer umfassenden Kodifikation, wie wir sie im Bürgerlichen Gesetzbuche haben. Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist definitiv mit der römischen Auffassung von der Unübertragbarkeit einer Forderung gebrochen worden. „Der Entwurf und mit ihm übereinstimmend unser Gesetz beruht auf dem Grundsatze, daß die aus den Schuldverhältnissen entspringenden Forderungen, ohne daß es einer Einwilligung des Schuldners bedarf, vermöge besonderen Rechtstitels in der Art auf einen andern als den bisherigen Gläubiger übertragen werden können, daß mit der Übertragung der letztere aufhört, Gläubiger zu sein, und derjenige, auf den die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt, die übertragene Forderung als eigene erwirbt.“ [19]) Damit ist auch anerkannt, daß das Wesen eines Schuldverhältnisses nicht so sehr in der Beziehung zweier Personen besteht, daß diese vielmehr gegenüber dem Inhalt des Schuldverhältnisses in den Hintergrund treten. Die Hauptbedeutung [20]) eines Schuldverhältnisses beruht also auf seinem Inhalte, für den berechtigten Teil auf dem Anspruch auf eine Leistung, für den verpflichteten auf der Pflicht, zu leisten.

Die Sondernachfolge in eine Forderung ist nun in dreifacher Weise möglich. Einmal kann sie erfolgen durch Vertrag, weiter durch richterliche Verfügung und schließlich kraft Gesetzes oder, wie Crome einteilt [21]): „freiwillige Übertragung“ und „unfreiwillige Übertragung“. Diese Bezeichnung Cromes „unfreiwillige Forderungsübertragung“ trifft nicht ganz das Wesen dieser Übertragung. Mit der Bezeichnung „unfreiwillige Übertragung“ soll gesagt werden, daß diese Forderungsübertragung nicht vom Willen des Gläubigers abhängig ist, wir müßten daher präziser einteilen: vom Willen des Gläubigers abhängige und unabhängige Forderungsübertragung. Trotz der kleinen Ungenauigkeit in Cromes Bezeichnung wollen wir uns aber doch seines Ausdruckes wegen der Einfachheit desselben im Folgenden bedienen.

Die freiwillige Übertragung einer Forderung erfolgt nach § 398 durch einen formlosen Vertrag zwischen dem bisherigen Gläubiger oder Zedenten und dem neuen Gläubiger oder Zessionar, kraft dessen der Zessionar die Forderung erwirbt. Mit dem Abschlusse des Vertrags, der Abtretung, tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Es genügt also der Abtretungsvertrag. Eine Mitteilung an den Schuldner oder über-

---

[19]) Mot. Bd. 2 S. 118.
[20]) Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 2, 1 S. 334 Vorbem. zu § 398.
[21]) System d. deutschen bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 320.

haupt eine Mitwirkung desselben ist zum Abschlusse des Vertrags nicht erforderlich. Dies ist besonders wichtig im Verhältnis zu Dritten, da z. B. im Falle des Konkurses des bisherigen Gläubigers nach der Abtretung diese Forderung nicht mehr in dessen Konkursmasse fällt.

Wie schon im 1. Entw. z. BGB. § 294 Abs. 2 Satz 2 in Verb. mit § 290 Abs. 2 hervorgehoben wird, ist der Abtretungsvertrag grundsätzlich abstrakter Natur. Dieser ausdrückliche Hinweis auf den Charakter des Abtretungsvertrages ist später gestrichen worden, ergibt sich aber klar aus der Bestimmung des § 398, daß „mit dem Abschlusse des Vertrags" der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt.[22]) Ein Abtretungsvertrag kann also als abstrakter Vertrag ohne Rücksicht auf die causa des Vertrags vollgültig abgeschlossen werden. Das Kausalgeschäft bildet keine zwingende Voraussetzung für die dingliche Wirkung der Forderungsübertragung, und infolgedessen ist die Rechtsstellung des Schuldners beim abstrakten Abtretungsvertrag eine günstigere als bei kausalen Rechtsgeschäften, da sie sich nur danach bestimmt, ob der Abtretungsvertrag formell gültig abgeschlossen ist oder nicht.

Von Bedeutung kann die causa nur sein für die beiden Vertragsgegner. Der Zedent kann bei Nichterfüllung der causa gegen den Zessionar auf Grund der §§ 812 ff. klagen. Ja die Parteien können[23]) sogar eine dahingehende Vereinbarung treffen, daß die Wirkungen des abstrakten Abtretungsvertrags von der Erfüllung des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts derart abhängig sein sollen, daß ohne Erfüllung der causa auch das abstrakte Geschäft sich nicht realisiert. Dann wäre der abstrakte Abtretungsvertrag als unter einer Bedingung, der Erfüllung des Kausalgeschäfts, abgeschlossen anzusehen und nach den für bedingte Verträge geltenden Normen (§§ 158 ff.) zu beurteilen.[24])

Von grundlegender Bedeutung ist der Übergang einer Forderung durch Vertrag insofern, als die für dieses Rechtsgeschäft geltenden Bestimmungen auch auf die unfreiwillige Übertragung einer Forderung entsprechende Anwendung finden.

Der Forderungsübergang durch richterliche Verfügung findet seine Regelung hauptsächlich in der Zivilprozeßordnung.

Hat der Schuldner eine Geldforderung gegen den Dritten, den sogen. Drittschuldner, so kann der Gläubiger dieselbe pfänden lassen und im Wege des Zwangsvollstreckungsverfahrens sie sich

---

[22]) Staudinger a. a. O. Anm. 1 zu § 398.
[23]) Dernburg, Schuldverhältnisse Abt. 1 S. 371 § 135 II.
[24]) Planck, Komm. z. BGB. Bd. 2 Anm. 2 zu § 398; Endemann a. a. O. S. 869.

nach Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerte überweisen lassen (§ 835 Abs. 1 ZPO.). Bei einer Überweisung zur Einziehung geht die Forderung auf den Gläubiger nicht über. Der Gläubiger zieht vielmehr die Forderung auf Grund des gerichtlichen Überweisungsbeschlusses an Stelle des Schuldners ein und befriedigt sich aus dem Erlangten. Für einen durch die eingezogene Forderung etwa nicht gedeckten Rest bleibt die Haftung des Schuldners bestehen. Dagegen geht bei der Überweisung an Zahlungsstatt die Forderung des Schuldners auf den Gläubiger über (§ 835 Abs. 2 ZPO.). Die sonst bei freiwilliger Abtretung einer Forderung erforderlichen Erklärungen des Abtretenden werden in diesem Falle durch den Überweisungsbeschluß ersetzt (§ 836 Abs. 1 ZPO.). Mit der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner[25]) (§§ 835 Abs. 3, 836 Abs. 1 ZPO.) geht die Forderung auf den Gläubiger über, er erhält die Stellung eines Zessionars und ist, soweit die Forderung besteht — es wird also nur Verität, nicht Bonität der Forderung vorausgesetzt — befriedigt (§ 835 Abs. 2 ZPO.).

Matthiaß[26]) nimmt an, daß sowohl im Falle der Überweisung zur Einziehung als auch bei der Überweisung an Zahlungsstatt die Forderung auf den Gläubiger übergeht. Dies widerspricht aber durchaus den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung. § 835 Abs. 2 sagt ausdrücklich, daß nur im Falle der Überweisung an Zahlungsstatt die Forderung auf den Gläubiger übergeht, daß dem Gläubiger also statt seiner Forderung die Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner überwiesen wird. Anders bei der Überweisung zur Einziehung. In diesem Falle macht der Gläubiger nur ein Recht geltend, das an sich dem Schuldner zusteht, infolgedessen haftet er dem Schuldner auch für den etwa bei der Einziehung verschuldeten Schaden (§ 842 ZPO.).[27])

Wir kommen jetzt zu der dritten Möglichkeit der Forderungsübertragung, dem Forderungsübergange kraft Gesetzes, welcher die Grundlage unserer weiteren Ausführungen bilden soll.

---

[25]) Dernburg a. a. O. S. 401 § 144 VI; Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 § 100 S. 460.

[26]) Matthiaß a. a. O. S. 460.

[27]) Rehbein, Das BGB. mit Erl. Bd. 2 Anm. 1 zu § 413 S. 376; Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. S. 386, 1; Schollmeyer, Schuldverhältnisse 1. Hälfte S. 359.

Ausführung.

Der Forderungsübergang kraft Gesetzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Der Forderungsübergang kraft Gesetzes pflegt auch vielfach als cessio legis bezeichnet zu werden. Wie aus dieser Bezeichnung hervorgeht, stellt man sich auch den Forderungsübergang kraft Gesetzes als einen der freiwilligen Zession ähnlichen rechtlichen Vorgang vor. In der Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist daher der gesetzliche Forderungsübergang im Anschluß an die freiwillige Forderungsübertragung geregelt, und es finden die Bestimmungen der freiwilligen Forderungsübertragung auf den gesetzlichen Forderungsübergang entsprechende Anwendung (§ 412). In Betracht kommen die §§ 399—404, 406—410.

I. Die Voraussetzungen des gesetzlichen Forderungsübergangs im allgemeinen.

Wie wenden uns zunächst den Voraussetzungen des gesetzlichen Forderungsüberganges zu. Voraussetzung des gesetzlichen Forderungsüberganges ist einmal, daß die in Frage stehende Forderung übertragbar ist, die zweite Voraussetzung ist die, daß das Gesetz den Forderungsübergang bestimmt, denn nur im Falle einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift tritt ein Forderungsübergang kraft Gesetzes ein.[28])

1. Übertragbare Forderungen.

Wie wir oben schon festgestellt haben, ist nach heutigem Recht grundsätzlich die Sondernachfolge in Forderungen gestattet. Demgemäß gilt auch nach der herrschenden Ansicht,[29]) daß jede Forde-

---

[28]) Anders war es z. B. nach ALR. I, 16 § 46, nach dem derjenige, der die Schuld eines Dritten bezahlte, immer in die Rechte des Gläubigers eintrat.

[29]) Endemann Bd. 1 § 151 S. 865; Dernburg Bd. 2, 1 § 137 S. 377; Crome, System Bd. 2, 1 § 198 S. 324; Planck Bd. 2 Anm. 4 zu § 398 u. a. m.

rung übertragbar ist, und zwar gilt dieser Grundsatz auch dann, wenn es sich um eine bedingte oder zukünftige Forderung handelt. Auch rechtshängige Forderungen sind nach heutigem Rechte der Übertragung fähig (§ 265 ZPO.).

Dem allgemeinen Grundsatze von der Übertragbarkeit jeder Forderung widerspricht auch nicht die Bestimmung des § 399 Teil 2, daß die Übertragbarkeit einer Forderung durch Willenserklärungen der Parteien ausgeschlossen werden kann; es ist damit nur gesagt, daß die Übertragbarkeit nicht „notwendige Eigenschaft" einer Forderung sein müsse.[30])

Übertragbar sind nach heutigem Rechte außer Forderungsrechten auch andere Rechte (§ 413). Die Rechte, auf die § 413 verweist, sind solche, die im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Regelung erfahren haben, z. B. Urheber- und Patentrechte.[31]) Übertragbar sind auch die aus absoluten Rechten entspringenden Ansprüche (vgl. z. B. § 931). Wir haben aber in unserem Falle nur von dem Übergange von Forderungen zu sprechen. Unter Forderungen versteht aber das Bürgerliche Gesetzbuch [32]) nur solche vermögensrechtliche Ansprüche, die auf Grund eines Schuldverhältnisses die Berechtigung geben, eine Leistung oder ein Unterlassen von einem andern zu fordern (§ 241).[33]) Es mag daher der bloße Hinweis genügen, daß es außer den Forderungsrechten auch noch andere Rechte und Ansprüche gibt, die der Übertragbarkeit fähig sind.

2. Unübertragbare Forderungen.

Eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze von der Übertragbarkeit der Forderungen bilden die nach §§ 399 u. 400 nicht übertragbaren Forderungen. Da nach § 412 die Bestimmungen der §§ 399 u. 400 auf den gesetzlichen Forderungsübergang Anwendung finden sollen, so können die in den genannten Paragraphen bezeichneten, sofort näher zu besprechenden Forderungen auch nicht Gegenstand des gesetzlichen Forderungsübergangs sein. Wir haben drei Gruppen nichtübertragbarer Forderungen zu unterscheiden:

a) Nach § 400 können Forderungen nicht übergehen, soweit sie der Pfändung nicht unterliegen. Insbesondere kommen daher als unübertragbare Forderungen alle in § 850 ZPO. aufgezählten Fälle in Betracht.

---

[30]) Dernburg a. a. O. § 138 I S. 380.
[31]) Oertmann, Komm. zum Recht der Schuldverh. Anm. zu § 413 S. 285.
[32]) Planck Vorbem. II S. 4 zu Bd. 2.
[33]) Rehbein, Erl. z. BGB. Bd. 2, Erl. 7 zu §§ 398—413 S. 381.

Zwei besondere Fälle unpfändbarer, daher nach § 400 auch nicht übertragbarer Forderungen führt § 852 ZPO. an, den Pflichtteilsanspruch und den Anspruch des Schenkers auf Rückgabe des Geschenkes nach § 528. Diese beiden Ansprüche sind jedoch nur dann unpfändbar, wenn sie noch nicht durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sind. Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu nennen ist als unübertragbare Forderung, weil unpfändbar, das Recht zur Rücknahme (§ 377).

Der Übergang einer nach § 400 von der Übertragbarkeit ausgeschlossenen Forderung auf einen Dritten ist nichtig, da die Übertragung einer solchen Forderung als ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot anzusehen sein würde (§ 134).

b) Können Forderungen nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann (§ 399 Teil 1). Diese Bestimmung ist nicht als eine Verneinung des jetzt geltenden Prinzips der Sondernachfolge aufzufassen, „da ja die Übertragung der Forderungen an einen andern als den ursprünglich Berechtigten für den Schuldner genau genommen immer eine Veränderung des Inhalts des Schuldverhältnisses mit sich bringt",[34]) sondern sie betrifft nur bestimmte Schuldverhältnisse, deren Zweck nicht nur ausschließlich in einer Leistung besteht, sondern auch darin, daß an eine bestimmte Person geleistet wird. Es ist daher immer Frage des einzelnen Falls, ob durch die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger eine Veränderung ihres Inhalts vor sich geht.

In einigen Fällen, z. B. beim Dienstvertrage (§ 613) oder Auftrage (§ 664), ist schon im Gesetz bemerkt, daß der Anspruch auf Dienste oder auf Ausführung eines Auftrages im Zweifel nicht übertragbar ist, d. h. die Forderungen aus derartigen Verträgen nur übertragbar sind bei ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien.

In einer ganzen Reihe von Fällen läßt das Gesetz freie Parteivereinbarung über die Übertragbarkeit einer Forderung nicht zu. Hierher gehören beispielsweise die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen (§ 717); nicht übertragbar ist ferner der Nießbrauch, wenn auch die Ausübung desselben einem andern überlassen werden kann (§ 1059), ebenso der Anspruch der Tochter auf die Aussteuer (§ 1623). Entsprechend den unvererblichen actiones vindictam spirantes sind auch die Ansprüche aus §§ 847 Abs. 1 u. 1300, die auf eine persönliche Genugtuung gerichtet sind, nicht übertragbar,

[34]) Planck Bd. 2 Anm. 1 § 399; Staudinger Bd. 2, 1 Anm. 1 zu § 399.

es sei denn, daß diese Ansprüche durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden wären.

c) Drittens ist die Übertragbarkeit einer Forderung unzulässig, wenn sie durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen worden ist (§ 399 Teil 2). Das pactum de non cedendo ist also entgegen dem § 295 Abs. 2 des 1. Entw., der ausdrücklich den Ausschluß einer Forderung von der Übertragbarkeit durch den Willen der Parteien verbot, nach heutigem Rechte gestattet. In den Mot. Bd. 2 S. 123 werden Bedenken darüber geäußert, den Ausschluß der Übertragbarkeit einer Forderung den Vereinbarungen der Parteien zu überlassen, da ja dadurch dem Schuldner die Wege geebnet werden, sein Vermögen dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen.

Diese Bedenken sind nur gerechtfertigt, da ja außerdem § 851 Abs. 1 ZPO. den Grundsatz aufstellt, daß eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie übertragbar ist, allerdings in Ermanglung besonderer Vorschriften. Eine solche besondere Vorschrift enthält § 851 Abs. 2 ZPO. Da nun nach geltendem Rechte das pactum de non cedendo wieder zugelassen ist, ist diese Bestimmung des § 851 Abs. 2 ZPO. zum Schutze gegen böswillige Schuldner von größter Wichtigkeit.[35])

Nach § 851 Abs. 2 ZPO. sind Forderungen, die nach § 399 nicht übertragbar sind, einer bedingten Pfändung unterworfen und können zur Einziehung überwiesen werden insoweit, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist.

Geht eine nach § 399 von der Übertragbarkeit ausgeschlossene Forderung an einen Dritten über, so ist der Übergang nicht ohne weiteres nichtig — nichtig ist der Übergang nur dann, wenn das Gesetz die Übertragbarkeit ausdrücklich ausschließt, wie in den oben angeführten Fällen, z. B. § 1059 —, sondern nur dem Schuldner gegenüber unwirksam (§ 135).[36]) Diese Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts kann durch Zustimmung des Schuldners geheilt werden nach §§ 182 ff.

II. Die Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges.

Wir kommen jetzt zu der zweiten Voraussetzung, von der der gesetzliche Übergang einer Forderung abhängt, d. h. wir haben die einzelnen Fälle zu erörtern, bei denen das Gesetz den Forderungs-

---

[35]) Prot. Bd. 1 S. 384.

[36]) Oertmann a. a. O. Anm. 2b zu § 399 S. 268; Rehbein a. a. O. S. 388 Nr. 11.

übergang vorschreibt. Wir haben dabei zwei Gruppen zu unterscheiden:

a) Die erste Gruppe umfaßt die Fälle, bei denen ohne Zutun des Dritten die Forderung kraft Gesetzes übergeht: das sind die Fälle des „einfachen" Forderungsüberganges kraft Gesetzes.[37])

b) Bei den Fällen der zweiten Gruppe geht die Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten über, der den Gläubiger für seine Forderung gegen den Schuldner befriedigt hat: das sind die Fälle der „sogen. Subrogation".[38])

A. Die Fälle des einfachen gesetzlichen Forderungsüberganges.

Die Fälle des einfachen Forderungsüberganges gehören dem ehelichen Güterrechte an, und zwar findet ein gesetzlicher Forderungsübergang statt bei den einzelnen Arten der Gütergemeinschaft, der allgemeinen und der fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1438 Abs. 2, 1485 Abs. 3, 1519 Abs. 2, 1549).

Sind zwischen Ehegatten die Güterverhältnisse durch einen Ehevertrag dahin geordnet, daß zwischen den beiden allgemeine Gütergemeinschaft bestehen soll, so wird das Vermögen des Mannes wie der Frau Gesamtgut. Gesamtgut wird nicht nur das Vermögen, das die beiden Ehegatten bei Schließung des Ehevertrags haben, sondern auch das, was sie während der Gütergemeinschaft erwerben (§ 1438 Abs. 1). Die einzelnen Gegenstände werden Gesamtgut kraft Gesetzes, ohne daß es einer besonderen Übertragung durch Rechtsgeschäft bedürfte (§ 1438 Abs. 2). „Da im Bürgerlichen Gesetzbuch, wo das Bedürfnis nach einem weiteren, nicht nur die körperlichen Sachen umfassenden Begriffe besteht, der Ausdruck Gegenstand gebraucht wird",[39]) sind unter den „einzelnen Gegenständen" daher sowohl Sachen als auch Rechte zu verstehen. Demgemäß wird das beiderseitige Vermögen mit Einschluß der dazu gehörenden Forderungen, das die Ehegatten vor Eingehung des Ehevertrages erworben haben, mit der Schließung desselben, was sie nach diesem Zeitpunkte erwerben, mit dem Erwerbe ipso jure gemeinschaftliches Gut. Ist der Ehevertrag vor Schließung der Ehe eingegangen worden, so treten seine Wirkungen mit der Eheschließung ein.[40])

---

[37]) Crome Bd. 2, 1 S. 342.
[38]) Crome a. a. O. S. 343.
[39]) Endemann Bd. 1 S. 229.
[40]) Staudinger Bd. 4, 1 Anm. 3 zu § 1438.

In Betracht kommen hier natürlich nicht die Vermögensgegenstände, die nach § 1439 nicht durch Rechtsgeschäfte übertragen werden können, also das Sondergut, und diejenigen, die auf Grund des Ehevertrags für Vorbehaltsgut erklärt worden sind (§ 1440). Daher ist, wenn aus dem Vorbehaltsgute eines der beiden Ehegatten eine Forderung in das Gesamtgut übergehen soll, ein Abtretungsvertrag zwischen den Ehegatten erforderlich.[41])

Entsprechend dem über die allgemeine Gütergemeinschaft im Anschluß an § 1438 Abs. 2 Gesagten findet ein Forderungsübergang kraft Gesetzes hinsichtlich des Gesamtguts bei der fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1485 Abs. 3), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 Abs. 2) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549) statt.

Außer den Fällen des einfachen gesetzlichen Forderungsüberganges beim ehelichen Güterrechte sind noch einige hierher gehörende besondere Fälle des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erörtern.

Nach § 82 Satz 2[42]) „gehen mit der Genehmigung einer Stiftung Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergibt". Es gehen also diejenigen Forderungsrechte, die nach §§ 398 ff. durch formlosen Abtretungsvertrag übertragen werden können, kraft Gesetzes auf die Stiftung über.

Stammler[43]) bezeichnet auch das Rücknahmerecht des Schuldners nach § 382 als einen gesetzlichen Forderungsübergang. Obwohl man darüber verschiedener Ansicht sein kann, ob man in diesem Falle von einem gesetzlichen Forderungsübergang sprechen kann, wollen wir doch der Vollständigkeit halber diesen Fall kurz erörtern. Hat der Schuldner an den Gläubiger im Falle des Annahmeverzugs den geschuldeten Gegenstand oder den Wert desselben für den Gläubiger hinterlegt und dem Gläubiger von der Hinterlegung Anzeige erstattet, so erlischt das Recht des Gläubigers nach Verlauf von 30 Jahren, vom Empfange der Anzeige an gerechnet, wenn er sich nicht vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet. Nach diesen 30 Jahren ist der Schuldner zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht der Rücknahme verzichtet hat. Bedeutungsvoll ist für uns der Satz „auch wenn er auf das Recht der Rücknahme verzichtet hat", da nur in diesem Falle von einem Forderungsübergange kraft Gesetzes die Rede sein kann.

Hinterlegt der Schuldner den Betrag der Leistung, ohne auf die Rücknahme zu verzichten, dann hat er jederzeit das Recht, die

[41]) Planck Bd. 4 Anm. 3 zu § 1438.
[42]) Dernburg Bd. 2, 1 § 144 III d S. 400.
[43]) Stammler § 55 S. 201 Anm. 2, § 61 S. 240.

hinterlegte Sache zurückzunehmen (§ 376 Abs. 1). Er hat also die freie Verfügungsgewalt über die hinterlegte Sache, sie bleibt in seinem Eigentume, das nur durch das Recht des Gläubigers auf die Sache beschränkt ist. Läßt nun der Schuldner die hinterlegte Sache 30 Jahre bei der Hinterlegungsstelle liegen und hat der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verwiesen, übt aber der Gläubiger sein Recht innerhalb dieser Frist nicht aus, so erlischt das Recht des Gläubigers auf die hinterlegte Sache, und es hört damit auch die Eigentumsbeschränkung des Schuldners auf. Ein Forderungsübergang hat in diesem Falle nicht stattgefunden, da infolge der Untätigkeit des Gläubigers das Recht des Schuldners gar nicht untergegangen ist. Man könnte diesen Rechtszustand höchstens als ein Ruhen des Rechtes des Schuldners auffassen.

Anders ist es, wenn bei der Hinterlegung der Schuldner erklärt, daß er auf die Rücknahme verzichtet. Mit diesem Verzicht verliert der Schuldner jedes Recht auf die hinterlegte Sache, er wird von seiner Verbindlichkeit befreit, genau als ob er an den Gläubiger persönlich geleistet hätte (§ 378). Treten nun die Voraussetzungen des § 382 ein, so geht das Recht des Gläubigers auf die hinterlegte Sache auf den früheren Schuldner über kraft Gesetzes. In diesem Falle kann man nicht von einem Wiederaufleben eines alten Rechts sprechen, da der Schuldner mit dem Verzicht auf Rücknahme das Recht verloren hatte; vielmehr ist es ein gesetzlicher Forderungsübergang aus dem Vermögen des Gläubigers in das des früheren Schuldners.[44]) Es ist die Bezeichnung „früherer" Schuldner gewählt, um anzudeuten, daß das Schuldverhältnis im Momente der Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme erloschen ist, also beim Forderungsübergang ein Schuldverhältnis nicht mehr besteht.[45])

Denselben rechtlichen Vorgang wie bei § 382 finden wir in den §§ 1173 Abs. 3 u. 1269, die daher keiner weiteren Erörterung bedürfen.

B. Die Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges in den Subrogationsfällen.

a) Voraussetzung des gesetzlichen Forderungsüberganges in den Subrogationsfällen und Aufzählung der in Betracht kommenden Fälle.

Wie schon angedeutet, findet in bestimmten Fällen ein gesetzlicher Forderungsübergang statt, wenn ein Dritter einen Gläubiger

[44]) Stammler a. a. O. § 61 S. 240, 2; and. A. Rehbein Erl. 14 zu §§ 372—386 S. 319.

[45]) Planck Bd. 2 Anm. 2 zu § 382.

wegen einer diesem zustehenden Forderung gegen seinen Schuldner befriedigt. Mit der Befriedigung geht die Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Dritten über.

Nach § 267 ist jeder Dritte, soweit der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Mit der Befriedigung des Gläubigers erlischt grundsätzlich gemäß § 362 Abs. 1 das Schuldverhältnis. Wir haben daher die Fälle der Subrogation, bei denen trotz Befriedigung des Gläubigers das Schuldverhältnis bestehen bleibt und ein anderer in dasselbe eintritt, als eine Besonderheit aufzufassen.

Diese besonderen Folgen der Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten treten daher auch nur in bestimmten Fällen ein, nämlich dann, wenn „ein hinreichendes Interesse des Dritten an der Abfindung des Gläubigers durch das Gesetz anerkannt ist".[46]) Eine Anerkennung dieses Interesses des Dritten finden wir in den folgenden Fällen:

I. Geht die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes auf denjenigen über, der mit der Befriedigung des Gläubigers zwar eine eigene Schuld erfüllt, für die aber mit ihm noch andere als Gesamtschuldner haften (§ 426 Abs. 2).

II. Geht auf den Dritten, der eine fremde Schuld bezahlt, für die er aber dem Gläubiger haftet, die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes über, und zwar

1. auf den persönlich haftenden Bürgen (§ 774) und unterhaltspflichtigen Verwandten (§§ 1607, 1709);

2. auf den dinglich haftenden Grundstückseigentümer und Verpfänder, die nicht persönliche Schuldner sind (§§ 1143, 1173 Abs. 2, 1225).

III. Geht die Forderung des Gläubigers auf diejenigen kraft Gesetzes über, die zwar in keiner rechtlichen Beziehung zum Gläubiger stehen, die aber auf Grund eines ihnen zustehenden Ablösungsrechtes berechtigt sind, den Gläubiger zu befriedigen (§§ 268, 1150, 1249).

b) Besprechung des gesetzlichen Forderungsüberganges in den einzelnen Subrogationsfällen.

I. Nach § 426 Abs. 2 ist Voraussetzung für den gesetzlichen Forderungsübergang von dem Gläubiger auf den zahlenden Gesamtschuldner erstens die Befriedigung des Gläubigers. Die Befriedigung des Gläubigers kann gemäß § 422 Abs. 1 Satz 2 auch erfolgen durch Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und

[46]) Crome Bd. 2,1 S. 344.

Aufrechnung. Notwendig ist nur, daß durch die Leistung des Zahlenden der Gläubiger für seine Forderung gegen die Gesamtschuldner befriedigt wird. Außer der Befriedigung ist aber weiter Voraussetzung des gesetzlichen Forderungsübergangs, daß der befriedigende Gesamtschuldner von den andern Gesamtschuldnern Ausgleichung verlangen kann.

Der Übergang der Forderung auf den zahlenden Gesamtschuldner ist deshalb noch an diese zweite Voraussetzung geknüpft, weil es sich bei Befriedigung des Gläubigers von seiten eines Gesamtschuldners immer auch um eine Leistung für eine eigene Schuld handelt. Soweit der Gesamtschuldner mit seiner Leistung eine eigene Schuld erfüllt, hat er natürlich keinen Anspruch gegen die andern gesamtschuldnerisch Verpflichteten.

Die Forderung des Gläubigers geht daher auf den Zahlenden nur insoweit über, als dieser mit seiner Leistung an den Gläubiger eine fremde Verbindlichkeit[47]) getilgt hat. Wir haben uns daher darüber klar zu werden, inwieweit der Befriedigende mit seiner Leistung eine fremde Verbindlichkeit erfüllt. Aufschluß darüber kann uns nur das zwischen den Gesamtschuldnern bestehende Innenverhältnis geben.

Es gilt nun nach § 426 Abs. 1 grundsätzlich[48])[49]) für die Gesamtschuldner untereinander, daß jeder nur auf einen gleichen Anteil haftet. Leistet also ein Gesamtschuldner mehr, als auf seinen Anteil kommt, so erfüllt er insoweit eine fremde Verpflichtung, und er hat entsprechend der Höhe der über seinen Anteil hinausgehenden Leistungen einen gesetzlichen Ausgleichungsanspruch nach § 426 Abs. 1 gegen die andern.

---

[47]) Schulz, Rückgriff und Weitergriff, in Leonhards Studien zur Erl. d. bürgerl. R. 1907 21. Heft S. 32, 33: „Eine rechtsgeschäftlich begründete Schuld ist eine materiell fremde, wenn das Aquivalent dafür nicht dem Leistenden, sondern einem andern versprochen oder geleistet worden ist".

[48]) Endemann Bd. 1 S. 900 Nr. 5 § 154.

[49]) Unrichtig scheint daher die Ansicht von Schulz a. a. O. S. 32, der die gleichteilige Haftung der Gesamtschuldner untereinander für eine „Verlegenheitsmaxime" erklärt und zum Beweise sich auf den Zusatz des Gesetzes „soweit nicht ein anderes bestimmt ist" stützt. M. E. entspringt die Regelung des Innenverhältnisses der Gesamtschuldner in § 426 Abs. 1 Satz 1 nicht einer Verlegenheit des Gesetzgebers. Dieser wollte vielmehr durch Zusatz der Worte „soweit . . . ist" dem Gedanken Ausdruck geben, daß durch freie Parteivereinbarung oder bei entgegengesetzten anderen Gesetzesbestimmungen, wie z. B. im Falle des § 840 Abs. 2, eine anderweitige Haftung der Gesamtschuldner untereinander, als die gesetzlich bestimmte nicht ausgeschlossen werden sollte, in Ermanglung aber einer abweichenden Vereinbarung oder gesetzlichen Bestimmung die gleichteilige Haftung der Gesamtschuldner einzutreten habe. Wir haben also hier eine dispositive Bestimmung, die dem freien Rechtsverkehr Rechnung zu tragen bezweckt. Vgl. außer Endemann a. a. O. Planck Bd. 2 Anm. 1 zu § 426; and. A. Dernburg Bd. 2, 1 § 164 IV S. 461.

Schulden daher z. B. A, B, C, D als Gesamtschuldner dem E 1200 Mk. und zahlt A die Summe an E, so geht die Forderung des E, insoweit A eine fremde Verpflichtung erfüllt hat, also Ausgleichung verlangen kann, auf A über. Da wir von dem Grundsatze der gleichteiligen Haftung der Gesamtschuldner ausgegangen sind, hat also A eine Forderung von 900 gegen B, C und D.

Eine weitere Frage ist nun die, ob B, C und D dem A als Gesamtschuldner haften oder jeder nur auf seinen Teil. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus § 426 Abs. 2. Wie wir oben gesehen haben, kann die Forderung des Gläubigers nicht in der Höhe auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen, wie sie für den Gläubiger bestanden hat. Wie aus § 426 Abs. 2 folgt, ändert sich mit dem Forderungsübergange vom Gläubiger auf den zahlenden Gesamtschuldner auch die juristische Natur der Forderung.

§ 426 Abs. 2 bestimmt als Voraussetzung des Forderungsüberganges neben der Befriedigung noch die Ausgleichungsberechtigung des Zahlenden, und da nach § 426 Abs. 1 die andern Gesamtschuldner zur Ausgleichung nur zu gleichen Teilen verpflichtet sind, haften sie also dem Leistenden nur je auf einen Anteil. Das Gesamtschuldverhältnis ist mit der Befriedigung des Gläubigers untergegangen (§ 422 Abs. 1).[50]) Infolgedessen hat in unserem Beispiel A mit der Befriedigung des E eine Forderung von je 300 gegen B, C und D.[51])

Von Bedeutung ist noch die Vorschrift des § 426 Abs. 1 Satz 2. Wird einer von den Gesamtschuldnern insolvent oder ist aus einem andern Grunde von ihm nicht Zahlung zu erlangen, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen. Diesen Ausfall haben alle Gesamtschuldner verhältnismäßig zu tragen, auch der, auf den die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes übergegangen ist.[52]) Da ja die Gesamtschuldner untereinander zu gleichen Teilen verpflichtet sind, so muß sich bei Wegfall eines Gesamtschuldners jeder Teil verhältnismäßig erhöhen und der Ersatzanspruch des Zahlenden insoweit verringern, als durch den Wegfall eines Gesamtschuldners seine eigene Schuld sich vermehrt hat.

Wird also B insolvent, so erhöht sich die eigene Schuld eines jeden um $^1/_3$; A hat demnach gegen C und D nur noch eine Forderung von je 400.[53])

---

[50]) Endemann Bd. 1 S. 900, 32, S. 901 § 154; Crome Bd. 2, 1 § 207 S. 379.

[51]) Windscheid-Kipp S. 225 § 298 Abs. 4b.

[52]) Endemann a. a. O. S. 901, 33.

[53]) Planck Bd. 2 Anm. 3 zu § 426.

Wie wir festgestellt haben, geht die Forderung des Gläubigers nicht in derselben Weise, wie sie für den Gläubiger bestanden hat, auf den zahlenden Gesamtschuldner über. Der Betrag der Forderung verringert sich um den Teil, den der Befriedigende als eigene Schuld zu leisten hat; außerdem haften demselben die andern nicht für den ganzen Betrag der restierenden Schuld als Gesamtschuldner, sondern jeder nur auf seinen Teil.

Durch den gesetzlichen Forderungsübergang erwirbt also der zahlende Gesamtschuldner denselben Anspruch, der ihm auch auf Grund seines aus dem Gesamtschuldverhältnis im Falle einer Leistung an den Gläubiger folgenden gesetzlichen Ausgleichungsanspruch erwächst (§ 426 Abs. 1).[54])

Der Befriedigende hat also jetzt zwei Wege, seine Ansprüche gegen die früheren Gesamtschuldner geltend zu machen. Im Falle der Verjährung des einen Anspruchs kann er sich auf den andern stützen. Es wird also somit seine rechtliche Position bedeutend gestärkt.[55]) Außerdem hat der gesetzliche Übergang der Forderung des Gläubigers für ihn zur Folge, daß auf Grund des § 412 auf ihn nach § 401 die zur Sicherung der Forderung bestehenden Nebenrechte übergehen. Durch den Übergang der Nebenrechte kann der Wert der übergegangenen Forderung bedeutend gegenüber dem einfachen gesetzlichen Ausgleichungsanspruch gewinnen. Jedoch ist zu bemerken, daß der Übergang der Nebenrechte auf den zahlenden Gesamtschuldner ebenso eine Einschränkung findet wie der Übergang der Hauptforderung, worüber wir des näheren unter dem Abschnitt über die Mitbürgen sprechen werden.

Wir sind bisher davon ausgegangen, daß ein Gesamtschuldner den Gläubiger vollständig befriedigt. Oft wird es nun auch vorkommen, daß Teilzahlungen an den Gläubiger erfolgen; auch in diesem Falle findet das oben über den gesetzlichen Forderungsübergang auf den Gesamtschuldner bei vollständiger Befriedigung des Gläubigers Gesagte entsprechende Anwendung.

Leistet also nach unserem Beispiel, wir gehen auch hier von dem Grundsatze der gleichteiligen Haftung der Gesamtschuldner aus, A 40 von der Schuld von 1200, so hat er gegen B, C, D, falls diese noch nichts geleistet haben, einen Anspruch von je 10. Die Leistungen müssen immer verhältnismäßig verteilt sein. Wenn einer also mehr geleistet hat als die anderen, hat er einen Anspruch auf Ausgleichung, da in der Mehrleistung die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit zu sehen ist. Die Forderung des Gläubigers geht also auch bei Teilleistungen auf den Zahlenden

---

[54]) Planck a. a. O.
[55]) Rehbein Bd. 2 S. 460.

in Höhe seines Ausgleichungsanspruchs kraft Gesetzes über.[56]) Es ist daher der Ansicht Oertmanns und Schulz'[57]) nicht zuzustimmen, die einen Ausgleichungsanspruch nur gelten lassen wollen, sofern ein Gesamtschuldner mehr, als auf seinen Anteil kommt, geleistet hat.

II, 1 a. Nach § 774 geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen kraft Gesetzes über, soweit er den Gläubiger befriedigt. Die Voraussetzung des gesetzlichen Forderungsüberganges ist, wie bei allen Subrogationsfällen, die Befriedigung des Gläubigers. In welcher Weise der Bürge den Gläubiger befriedigt, ob durch Erfüllung oder durch die Erfüllungssurrogate, ist gleichgültig, erforderlich ist nur die Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Bürgen. Die Forderung geht daher nicht über, wenn der Gläubiger den Bürgen durch Erlaß von der Bürgschaftsverflichtung befreit, insbesondere dann nicht, wenn er dem Hauptschuldner die Schuld erläßt.[58])

Mit der Leistung an den Gläubiger zahlt der Bürge für eine materiell fremde Schuld im Sinne der oben S. 15 Anm. 49 angegebenen Definition, denn im allgemeinen ist anzunehmen, daß er vom Gläubiger nichts empfangen hat, sondern nur für eine fremde Schuld Sicherheit leistet. Auf Grund der Sicherheitsleistung für die Schuld des Hauptschuldners kann man vielleicht, wie Staudinger,[59]) von einer Schuld des Bürgen oder, wie Oertmann,[60]) von einer eigenen Schuld des Bürgen sprechen. Es bleibt aber zu beachten, daß diese Schuld des Bürgen nur formell eine eigne ist.[61])

Wenn wir davon ausgehen, daß auf den Bürgen die Forderung des Gläubigers übergeht, weil er mit der Befriedigung des Gläubigers für eine materiell fremde Schuld leistet,[62]) dann können wir die etwas künstlichen Erklärungen Staudingers[63]) und Plancks,[64]) daß der Forderungsübergang stattfindet, weil der Wille des Bürgen nicht darauf gehe, mit der Leistung die Tilgung der Schuld des Hauptschuldners, sondern die Befreiung von seiner Bürgschaftsverpflichtung zu erreichen, entbehren.[65]) Der Übergang der Forderung stellt sich dann als Ersatzanspruch des Bürgen für die Leistung der Schuld des Hauptschuldners dar.[66])

[56]) Planck Anm. 1 u. 2 zu § 426; Endemann S. 900, 32.
[57]) Oertmann Anm. 1 zu § 426; Schulz a. a. O. S. 58, 59.
[58]) Planck Anm. 3 zu § 774 S. 839.
[59]) Bd. 2, 2 Anm. 1 zu § 774.
[60]) Anm. 1 c zu § 774.
[61]) Schulz S. 32.
[62]) Schulz S. 33.
[63]) a. a. O.
[64]) Bd. 2 Anm. 1 zu § 774.
[65]) vgl. Oertmann Anm. 1 b zu § 774.
[66]) Schulz a. a. O.

Die Folge der Leistung ist die Befreiung des Bürgen von der Bürgschaftsverpflichtung, aber nicht weil der Wille des Bürgen auf diese Befreiung gerichtet war, sondern weil der Gläubiger für seine Forderung gegen den Hauptschuldner befriedigt ist.

Mit der Befriedigung des Gläubigers geht die Forderung desselben in der gleichen Höhe, wie sie für den Gläubiger bestanden hatte, auf den Bürgen über, und zwar gleichgültig ob er als selbstschuldnerischer Bürge oder nur subsidiär haftete. Gemäß §§ 401, 412 gehen zusammen mit der Forderung die zur Sicherung der Forderung bestehenden Nebenrechte ebenfalls auf den Bürgen über.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger nur zum Teil, so geht die Forderung auch nur zum entsprechenden Teile auf den Bürgen über, denn das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß nur „soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung übergeht" (§ 774 Satz 1). Die rechtliche Stellung des Bürgen bei nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers ergibt sich aus § 774 Abs. 1 Satz 2, daß der Bürge den Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend machen kann. Der Bürge steht also im Falle der Kollision mit den Rechten des Gläubigers aus der Restforderung dem Gläubiger nach.[67])

Nach § 774 Abs. 1 geht die Forderung auf den Bürgen über mit der Befriedigung des Gläubigers. Das zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis hat also keinen Einfluß auf den Forderungsübergang. Von Bedeutung wird es aber, wenn der Bürge die übergegangene Forderung gegen den Hauptschuldner geltend macht, da nach § 774 Abs. 1 Satz 3 die Einwendungen des Hauptschuldners gegen den Bürgen aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis auch nach Übergang der Gläubigerforderung bestehen bleiben.

Nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis wird es sich entscheiden, wie weit der Bürge auf Grund der übergegangenen Forderung von dem Schuldner Ersatz verlangen kann.

Hatte sich der Bürge z. B. auf Grund eines Schenkungsversprechens[68]) dem Schuldner gegenüber zur unentgeltlichen Leistung an den Gläubiger verpflichtet, so wird der Schuldner einen event. vom Bürgen auf Grund der übergegangenen Forderung geltend gemachten Ersatzanspruch mit der Einwendung aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu Falle bringen. Dieses Beispiel ist ein schlagender Beweis dafür, daß der Bürge nur, soweit er für fremde Schuld leistet, einen Anspruch gegen den

---

[67]) Endemann Bd. 1 S. 1198, 1199.
[68]) Endemann Bd. 1 S. 1200.

Schuldner hat. Denn wenn die Forderung des Gläubigers auch unverändert mit der Befriedigung des Gläubigers auf den Bürgen übergeht, so hat dieser Forderungsübergang doch nur insofern materiellen Wert, als der Bürge vom Schuldner daraus Ersatz erlangen kann.

Hat andererseits der Bürge, z. B. im Auftrage des Schuldners oder als negotiorum gestor, aus seinem Vermögen den Gläubiger befriedigt, so hat er einmal einen Ersatzanspruch gegen den Schuldner aus § 670 bezw. § 683. Andererseits steht dem Bürgen auch ein Anspruch auf Grund der kraft Gesetzes übergegangenen Forderung zu. Er kann also seinen Ersatz suchen auf dem Rechtsweg, welcher für ihn der günstigste ist. Hat er aber auf Grund des einen Rechtsverhältnisses Befriedigung erlangt, so ist seine Forderung erloschen; eine nochmalige Befriedigung auf dasselbe auf Grund des andern Rechtsverhältnisses ist dann selbstverständlich ausgeschlossen.[69])

II, 1 b. Wir wenden uns jetzt zu der Bestimmung des § 774 Abs. 2, der den gesetzlichen Forderungsübergang auf einen zahlenden Mitbürgen im Verhältnis zu den andern Mitbürgen regelt. Im Verhältnis eines Mitbürgen zum Hauptschuldner bestimmt sich der gesetzliche Forderungsübergang auf einen Mitbürgen nach dem zu § 774 Abs. 1 Gesagten.

Haben sich mehrere für die Schuld des Hauptschuldners verbürgt als Mitbürgen, so haften sie gemäß § 769, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen, dem Gläubiger als Gesamtschuldner, also jeder auf das Ganze. Entsprechend der Haftung gegenüber einem Dritten ist auch das Innenverhältnis der Mitbürgen nach denselben Grundsätzen geregelt. Es gelten also für die Mitbürgen untereinander nach § 774 Abs. 2 die Vorschriften des § 426.

Bestände die Vorschrift des § 774 Abs. 2 nicht, so würde, falls ein Mitbürge den Gläubiger befriedigte, die Forderung des Gläubigers gemäß § 774 Abs. 1 auf den Zahlenden übergehen. Er könnte also die ganze Forderung gegen die Mitbürgen geltend machen, also auch den Teil inbegriffen, für den er sich verpflichtet hat und den er bei Insolvenz des Schuldners aus seinem Vermögen zu tragen hat.[70])

Nach § 774 Abs. 2 kommt aber für das Verhältnis der Mitbürgen untereinander nur § 426 in Betracht, und es bestimmt sich nach § 426 Abs. 2 der Umfang der kraft Gesetzes auf den zahlenden Mitbürgen übergehenden Forderung sowie der Übergang

---

[69]) Staudinger Anm. 1 zu § 774; Planck Anm. 2 zu § 774.
[70]) Planck Anm. 9 zu § 774.

der damit verbundenen Sicherungsrechte. Es ist also nicht einzusehen, weshalb Kremer[71]) durchaus den § 774 Abs. 1 bei Vorhandensein von Mitbürgen zur Beurteilung des Forderungsüberganges auf einen von den Mitbürgen mit herangezogen wissen will, obwohl ja dafür im Gesetz gar kein Anhalt gegeben, vielmehr die Anwendung des § 774 Abs. 1 durch § 774 Abs. 2 direkt ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluß des § 774 Abs. 1 ist noch besonders durch die Fassung des § 774 Abs. 2 gekennzeichnet, in dem es heißt: „haften einander nur nach § 426".[72])

Wir können also an dieser Stelle auf die oben im Anschluß an § 426 angestellten Erörterungen Bezug nehmen und brauchen das Wichtigste nur noch einmal kurz zusammenzufassen.

Soweit ein Mitbürge den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes auf den zahlenden Bürgen gegen die übrigen Mitbürgen über.

Unter entsprechender Anwendung des § 426 Abs. 1 sind die Mitbürgen untereinander zu gleichen Anteilen zur Ausgleichung verpflichtet. Die Forderung geht also auf den zahlenden Mitbürgen nur in der Höhe des um den auf ihn entfallenden Anteil verminderten Betrags über.

Mit der Befriedigung des Gläubigers durch einen Bürgen erlischt die Bürgschaftsverpflichtung.[73]) Da nach § 422 Abs. 1 die Leistung eines Gesamtschuldners auch für die andern wirkt, wird durch die Leistung eines Mitbürgen die gesamtschuldnerische Mitbürgschaft aufgehoben. Der zahlende Mitbürge hat also gegen die andern nicht einen Anspruch aufs Ganze, sondern kann von jedem nur den seiner Haftung entsprechenden Anteil fordern. Wird einer der Mitbürgen insolvent, so haben alle den Ausfall gemeinschaftlich zu tragen. Die Forderung des Ausgleichsberechtigten bestimmt sich dann nach der neu vorgenommenen Verteilung der Anteile.

Gemäß §§ 412, 401 gehen die zur Sicherung der Forderung bestehenden Rechte auf den Zahlenden über. Jedoch findet die Bestimmung des § 401 für den Mitbürgen, auf den die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes übergegangen ist, und dasselbe gilt für den Gesamtschuldner, nur beschränkte Anwendung. Wir haben oben schon festgestellt, daß die Forderung des Gläubigers nicht unverändert auf den zahlenden Mitbürgen übergeht, sondern von einem Ausgleichungsanspruch des Zahlenden abhängt. Dement-

---

[71]) Die Mitbürgschaft S. 185, 186.
[72]) Planck Bd. 3 Anm. 2c zu § 1225.
[73]) Staudinger Anm. 1 zu § 774.

sprechend müssen wir auch die Vorschrift über den Übergang der Nebenrechte anwenden. Hat also einer der Mitbürgen zur Sicherung der Forderung des Gläubigers eine Hypothek auf ein ihm gehöriges Grundstück eintragen lassen oder ein Pfand bestellt, so gehen diese Sicherungsrechte auf den zahlenden Mitbürgen auch nur dann über, soweit er gegen den oder die betreffenden Mitbürgen einen Ausgleichungsanspruch hat.[74])

Soweit der zahlende Mitbürge den Gläubiger nur zum Teil befriedigt, geht auch die Forderung nur zum Teil über und nach Maßgabe seines Ausgleichungsanspruches. Es gilt auch in diesem Falle dasselbe wie beim Gesamtschuldverhältnis. Schulz[75]) macht zwar einen Unterschied zwischen dem Regreß auf Grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten des Gesamtschuldners und dem Ausgleichungsanspruche des Bürgen gegen seine Mitbürgen, indem er dem Gesamtschuldner einen Regreß nur gewährt, wenn er mehr, als auf seinen Anteil kommt, leistet, während der Bürge schon einen Ausgleichungsanspruch gegen die Mitbürgen bei einer geringeren Leistung haben soll. Schulz begründet diesen Unterschied damit, daß der Gesamtschuldner, solange er noch nicht den auf ihn entfallenden Anteil voll geleistet hat, stets eine eigene Verbindlichkeit erfülle, also keinen Regreß gegen die andern Gesamtschuldner nehmen kann. Der Bürge erfülle aber mit jeder Leistung eine fremde Schuld, auch im Verhältnis zu den Mitbürgen, könne daher immer einen Ausgleichungsanspruch gegen die andern Mitbürgen geltend machen. Da aber, wie wir gesehen haben, die Mitbürgen nach §§ 769 u. 774 Abs. 2 als Gesamtschuldner haften, ist der von Schulz gemachte Unterschied zwischen einem Ausgleichungsanspruch des Bürgen gegen die Mitbürgen und dem Regreß des Gesamtschuldners gegen die andern Gesamtschuldner ungerechtfertigt. Als richtig erscheint daher die schon von uns oben vertretene Ansicht, daß der Gesamtschuldner oder Mitbürge schon dann, wenn er mehr leistet als die andern, verhältnismäßige Ausgleichung verlangen kann, weil schon in dieser Mehrleistung die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit zu sehen ist.

II, 1 c. Der dritte Fall unserer zweiten Gruppe, in dem ein gesetzlicher Forderungsübergang stattfindet, ist enthalten in den §§ 1607 u. 1709.

Leistet ein Verwandter an Stelle des primär Verpflichteten, von dem Unterhalt nicht zu erlangen ist, da die Rechtsverfolgung im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, Unterhalt an den nach § 1602 Unterhaltsberechtigten, so geht der Anspruch

---

[74]) Sternberg in Gruchots Beitr. 52. Jahrg. S. 564 a. E.
[75]) S. 58, 59.

des Unterhaltsberechtigten nach § 1607 Abs. 2 kraft Gesetzes auf den Leistenden über.

Nur in diesem Falle geht die Forderung des Unterhaltungsberechtigten auf den Leistenden über, nicht aber im Falle des § 1607 Abs. 1.

Im § 1487 des 1. Entw., der dem § 1607 Abs. 1 entspricht, war gesagt, „daß ein Verwandter, der Unterhalt zu gewähren nicht imstande ist, in Ansehung der Unterhaltsverpflichtung der übrigen Verwandten als nicht vorhanden anzusehen ist".

Trotz Änderung der Fassung des Gesetzes gilt dasselbe auch heute noch in Ansehung des § 1607 Abs. 1.[76]) Der nach § 1603 Leistungsunfähige kommt für die Unterhaltsverpflichtung also gar nicht in Betracht. An seine Stelle tritt der nächstverpflichtete Verwandte, und zwar sind nach § 1606 Abs. 1 die Deszendenten vor den Aszendenten verpflichtet. Die Unterhaltsverpflichtung der Deszendenten untereinander bestimmt sich nach der gesetzlichen Erbfolge und dem Verhältnisse der Erbteile (§ 1606 Abs. 1 Satz 2). Nach dem in den Mot. Bd. 4 S. 694 ausgesprochenen Grundsatz, daß „die Unterhaltungspflicht eine fort und fort sich erneuernde Verbindlichkeit sei", erneuert sich diese Verbindlichkeit in der Person des nach dem Weggefallenen zunächst Verpflichteten. Er erfüllt mit der Leistung des Unterhalts also eine eigene Verbindlichkeit, für die er keinen Ersatz verlangen kann. Auch wenn der Leistungsunfähige später Vermögen erwirbt, kann er nicht zum Ersatz herangezogen werden, da infolge seiner anfänglichen Leistungsunfähigkeit eine Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts überhaupt nicht entstanden ist.[77])

Anders liegen die Verhältnisse nach Abs. 2. Hier leistet der sekundär Verpflichtete nur an Stelle des primär Verpflichteten, weil von diesem infolge Erschwerung oder Ausschlusses der Rechtsverfolgung gegen ihn vorläufig nichts zu erlangen ist. Durch die vorläufige Unmöglichkeit, den primär Verpflichteten zu belangen, geht dessen Unterhaltspflicht jedoch nicht unter. Soweit nun der sekundär Verpflichtete dem Unterhaltsberechtigten Unterhalt gewährt, geht der Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf den Zahlenden kraft Gesetzes über. Leistet er vollen Unterhalt, so geht auch die Forderung des Unterhaltsberechtigten in dieser Höhe auf den Leistenden über. Durch den Übergang des Unterhaltsanspruchs ist nun der Leistende aber nicht berechtigt, den Unterhaltsanspruch als solchen und damit die für den Unterhaltsanspruch geltenden Sonderbestimmungen, z. B. § 850 Abs. 2 ZPO.,

---

[76]) Planck Anm. 1 zu § 1607 Bd. 4.
[77]) Mot. Bd. 4 S. 687, 688; Staudinger Anm. 3b zu § 1603.

geltend zu machen, sondern der übergegangene Unterhaltsanspruch auf den Leistenden hat nur die Natur einer gewöhnlichen Forderung, und es finden auf diese Forderung, die dem Leistenden nur einen Ersatzanspruch gewähren soll, die allgemeinen Bestimmungen Anwendung.[78])

Bei nur teilweiser Bestreitung des Unterhalts geht auf den Leistenden eine Forderung auch nur in dieser Höhe über. Es gilt für die Geltendmachung der Forderung die Bestimmung, daß sie nicht zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten geltend gemacht werden soll (§ 1607 Abs. 2 Satz 3). Mit dieser Vorschrift wird der Gefahr vorgebeugt, daß der Unterhaltsberechtigte für die Zukunft Not leide, im Falle der primär Verpflichtete durch Befriedigung der Forderung des sekundär Verpflichteten in Zahlungsschwierigkeiten geraten sollte.[79])

Für die auf den Leistenden kraft Gesetzes übergegangene Forderung finden gemäß § 412 die §§ 399—404 u. 406—410 entsprechende Anwendung. Von praktischer Bedeutung können in diesem Falle nur die §§ 402—404 sein. Wir gehen hier nur auf die Bestimmung des § 404 ein, da durch die Geltendmachung der nach diesem Paragraphen dem primär Verpflichteten zustehenden Einwendungen die Höhe des Ersatzes beeinflußt werden kann.[80])

Diese Einwendungen haben besondere Bedeutung, wenn die auf Grund der Unterhaltsleistung übergegangene Forderung sich auf Leistungen für die Vergangenheit stützt.

In diesem Falle ist der primär Verpflichtete zur Leistung nach § 1613 nur für die Zeit verpflichtet, zu welcher er dem Unterhaltsleistenden oder -berechtigten gegenüber in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. Diese Beschränkung der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen für die Vergangenheit entspringt „dem besonderen Charakter des Unterhaltsanspruchs, der nicht nur eine gewöhnliche Geldforderung ist, sondern auch allgemein auf die Befriedigung der Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten gerichtet ist".[81]) Einen Ersatz für die Befriedigung von Bedürfnissen für die Vergangenheit geltend zu machen, ist im allgemeinen unmöglich.[82])

Entsprechend der Unterhaltspflicht gegenüber seinen ehelichen Kindern ist der Vater gegenüber einem unehelichen Kinde als erster zum Unterhalt verpflichtet (§ 1709 Abs. 1).

---

[78]) Planck Bd. 4 Anm. 5 zu § 1607; Staudinger Bd. 4, 2 Anm. 6e zu § 1607; and. M. Opet-Blume Anm. 4b zu § 1607.
[79]) Staudinger Bd. 4 Anm. 6f zu § 1607.
[80]) Staudinger Anm. 6bγ zu § 1607.
[81]) Mot. Bd. 4 S. 899.
[82]) Staudinger Bd. 4 Anm. 1 zu § 1613.

Leistet statt seiner — ist er nach § 1603 außerstande Unterhalt zu leisten, so gilt das oben zu § 1607 Abs. 1 Gesagte — die Mutter oder ein anderer unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem Kinde Unterhalt, so geht in Höhe des Geleisteten der Unterhaltsanspruch des Kindes auf die Mutter oder den leistenden Verwandten über.

Im übrigen findet das zu § 1607 Abs. 2 Gesagte auf § 1709 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

II, 2 a. Ist für eine Forderung, die dem Gläubiger gegen seinen Schuldner zusteht, zur Sicherstellung auf das Grundstück eines Dritten eine Hypothek eingetragen worden, so findet ein gesetzlicher Forderungsübergang statt, wenn der Eigentümer des dinglich belasteten Grundstücks, ohne persönlicher Schuldner zu sein, den Gläubiger befriedigt, und zwar geht die Forderung des Gläubigers in der Höhe auf den Eigentümer über, insoweit er den Gläubiger befriedigt (§ 1143 Abs. 1 Satz 1).

Wie in den meisten Fällen — eine Ausnahme haben wir im Anschluß an § 426 Abs. 2 und entsprechend § 774 Abs. 2 festgestellt — ist auch hier Voraussetzung des gesetzlichen Forderungsüberganges lediglich die Befriedigung des Gläubigers. Ein zwischen Schuldner und Eigentümer bestehendes Rechtsverhältnis bleibt ohne Einfluß auf den gesetzlichen Forderungsübergang, andererseits sind zu diesem auch nicht die Abtretungshandlungen nach § 1154 erforderlich.

Zur Befriedigung ist der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, berechtigt, wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1142 Abs. 1). Die Bestimmung des § 1142 Abs. 1, daß der Eigentümer zur Leistung berechtigt ist, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, kommt nur für den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, in Betracht.[83]) Nach § 1142 Abs. 2 kann der Eigentümer auf Grund einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden fälligen Forderung statt durch Zahlung auch durch Aufrechnung den Gläubiger befriedigen. Befindet sich der Gläubiger in Annahmeverzug, so ist dem Eigentümer auch Hinterlegung gestattet, die unter der Voraussetzung des im § 378 gegebenen Tatbestands der Befriedigung gleichkommt. Nach der herrschenden Ansicht[84]) ist der freiwilligen Befriedigung des Gläubigers auch die im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 1181 Abs. 1 aus dem Grundstücke des Eigentümers erfolgende gleichzuachten, da der Gläubiger

---

[83]) Endemann Bd. 2, 1 S. 823, 824.

[84]) Planck Bd. 3 Anm. 2c zu § 1143; Schulz S. 55; Kretzschmar Anm. 2c zu § 1143; Staudinger Bd. 3 § 1181 Anm. III d β.

auch in diesem Falle „aus dem Vermögen des Eigentümers befriedigt wird und sohin auch eine Befriedigung durch den Eigentümer im Grunde darstellt".[85])

Die Forderung geht also auch in diesem Falle, vorausgesetzt daß der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist, kraft Gesetzes auf den Eigentümer über (§ 1181 Abs. 1). Für diesen besonderen Fall ist also die Anwendung des § 401 ausgeschlossen.

Bei freiwilliger Befriedigung des Gläubigers geht mit der Forderung auch die Hypothek des Gläubigers über. Dieser Übergang der Hypothek würde sich schon aus der Bestimmung des § 401 ergeben, ist aber in § 1153 Abs. 1 nochmals ausdrücklich bestimmt.

„Da[86]) aber die übergegangene Hypothek während der Vereinigung dem Eigentümer für die Forderung keine Sicherheit bieten kann", bestimmen sich nach § 1177 Abs. 2 die Rechte aus der Hypothek während der Vereinigung von Forderung und Hypothek in der Person des Eigentümers nach den für eine Eigentümergrundschuld geltenden Vorschriften (§ 1197).

Die durch die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentümer entstehende Beschränkung des Eigentümers bezüglich seines dinglichen Rechtes hat aber keinen Einfluß auf die persönliche Forderung. Dem Eigentümer bleibt es unbenommen, auch während der Vereinigung die Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen.[87])

Um die durch den Übergang der Hypothek vom Gläubiger auf den Eigentümer entstehende Unrichtigkeit im Grundbuch berichtigen zu können, hat der Eigentümer gemäß §§ 412, 402 und 403 das Recht, die Herausgabe der Urkunden, deren er zur Berichtigung des Grundbuches bedarf, vom Gläubiger zu verlangen. Dieses Recht, des Eigentümers wird ihm durch die Bestimmungen der §§ 1144, 1145 noch besonders gewährleistet.

§ 1145 regelt den Übergang der Hypothek bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers. Wie in diesem Falle die Forderung nur in Höhe des Geleisteten auf den Eigentümer übergeht, so wird auch der Übergang der Hypothek beschränkt. Der Eigentümer kann die Aushändigung des Hypothekenbriefes bei teilweiser Befriedigung nicht verlangen, wohl aber muß der Gläubiger die Urkunden dem Grundbuchamte vorlegen, um eine Löschung oder Berichtigung der Hypothek zu ermöglichen, oder er muß die teilweise Befriedigung auf dem Hypothekenbriefe vermerken.

Der Eigentümer übernimmt durch Bestellung einer Hypothek zur Sicherung der Schuld des persönlichen Schuldners eine ähnliche

[85]) Staudinger a. a. O.
[86]) Männer, Sachenrecht S. 413.
[87]) Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 § 1143 Anm. 4.

Verpflichtung wie der Bürge bei der persönlichen Haftung mit seinem ganzen Vermögen für die Schuld des Hauptschuldners.[88]) Daher finden auch die im § 774 Abs. 1 für den Bürgen für den gesetzlichen Forderungsübergang gegebenen Vorschriften auch für den befriedigenden Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, Anwendung. Der Eigentümer kann daher nicht zum Nachteil des Gläubigers die Forderung geltend machen. Diese Vorschrift hat, wie wir schon bei § 774 Abs. 1 festgestellt haben, besondere Bedeutung bei bloß teilweiser Befriedigung des Gläubigers.

Nach § 774 Abs. 1 Satz 3 stehen dem Schuldner neben den Einwendungen, die er auf Grund des § 404 geltend machen kann, dem neuen Gläubiger gegenüber auch die Einwendungen, die sich aus einem zwischen diesem und ihm bestehenden Rechtsverhältnisse ergeben, zu. Der Übergang der Forderung wird jedoch durch das zwischen Eigentümer und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis nicht berührt.

II, 2 b. Besteht für die Forderung des Gläubigers eine Gesamthypothek, so bestimmt sich der Forderungsübergang auf einen zahlenden Eigentümer ebenfalls nach § 1143, da § 1143 für die Regelung des Forderungsüberganges bei allen Arten der Hypothek als grundlegend anzusehen ist.[89]) Dagegen kommt für den Übergang der Hypothek auf den zahlenden Eigentümer bei Bestehen einer Gesamthypothek lediglich § 1173 in Anwendung.

Wir wenden uns zunächst dem Übergange der Forderung zu. Ein gesetzlicher Forderungsübergang kann stattfinden, wenn der zahlende Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist. Dann regelt sich der Forderungsübergang nach § 1143 in Verb. mit § 774 Abs. 1. Die Forderung geht auf den Eigentümer kraft Gesetzes unverändert über, wenn derselbe den Gläubiger befriedigt.

Eine zweite Möglichkeit eines gesetzlichen Forderungsüberganges ist dann gegeben, wenn die Grundstückseigentümer, auf deren Grundstücken die Gesamthypothek lastet, als Gesamtschuldner haften. Wenn zu den Gesamtschuldnern auch der persönliche Schuldner gehört, so kann in diesem Falle auch auf diesen die Forderung übergehen.[90]) Der gesetzliche Forderungsübergang bestimmt sich für einen Grundstückseigentümer, der mit den anderen Eigentümern als Gesamtschuldner haftet, nach § 426 Abs. 2. Die Forderung geht also auf den Eigentümer über, soweit er den Gläubiger befriedigt und einen Ausgleichungsanspruch gegen die

---

[88]) vgl. Crome Bd. 3 S. 647.

[89]) Fuchs, Grundbuchrecht § 1143 Anm. III, 3; Turnau-Förster a. a. O. Anm. 7 zu § 1143.

[90]) Turnau-Förster Anm. 6 zu § 1143.

anderen Gesamtschuldner hat. Die Höhe der übergegangenen Forderung bestimmt sich nach der Höhe des Ausgleichungsanspruchs.

Wie wir schon oben gesagt haben, bestimmt sich der Übergang der Hypothek auf den leistenden Eigentümer nach § 1173. Zunächst ist allgemeine Voraussetzung für den Übergang der Hypothek, daß der Eigentümer den Gläubiger freiwillig befriedigt, denn bei zwangsweiser Befriedigung erlischt die Hypothek nach § 1181.

Mit dem Übergang der Forderung geht auf den zahlenden Eigentümer nur die Hypothek an seinem Grundstücke über, während die Hypothek an den anderen Grundstücken erlischt (§ 1173 Abs. 1). Für die Dauer der Vereinigung von Hypothek und Forderung in der Person des Eigentümers bestimmen sich die Rechte desselben aus der Hypothek nach den Grundsätzen der Grundschuld des Eigentümers (§§ 1177 Abs. 2, 1197).

Der Übergang der Hypothek an den anderen Grundstücken dagegen ist abhängig von einem Ersatzanspruch des zahlenden Eigentümers gegen die anderen Eigentümer (§ 1173 Abs. 2).

Haften die Grundstückseigentümer als Gesamtschuldner, so geht auf den zahlenden Gesamtschuldner kraft seines gesetzlichen Ausgleichungsanspruchs (§ 426 Abs. 1) die Hypothek an den anderen Grundstücken mit der Befriedigung des Gläubigers über. Haften die Eigentümer nicht als Gesamtschuldner, so geht auf den zahlenden Eigentümer die Hypothek an den anderen Grundstücken nur über, wenn der Zahlende aus einem besonderen Rechtsverhältnisse einen Ersatzanspruch geltend machen kann. In welcher Höhe die Hypothek an den anderen Grundstücken übergeht, bestimmt sich nach der Höhe seines Ersatzanspruchs (§ 1173 Abs. 2).

Wenn die Hypothek auch an den anderen Grundstücken auf Grund eines Ersatzanspruchs übergeht, dann bleiben die Hypothek am eigenen Grundstücke und die Hypothek an den fremden Grundstücken als Gesamthypothek bestehen (§ 1173 Abs. 2), während beim Übergange der Hypothek bloß am eigenen Grundstücke das Gesamthypothekverhältnis sich auflöst.[91])

Wir sehen daher also, daß bei Bestehen einer Gesamthypothek ein Eigentümer, auf den mit der Befriedigung des Gläubigers die Forderung kraft Gesetzes übergeht, nur die Hypothek am eigenen Grundstücke erwirbt, der Übergang der Hypothek an den anderen Grundstücken dagegen von einem Ausgleichungsanspruch gegen diese Eigentümer abhängt, die Anwendung des § 401 in diesem Falle also ausgeschlossen ist.

II, 2 c. In gleicher Weise wie bei Bestellung eines Immobiliarpfandrechtes auf den Eigentümer des Grundstücks, findet bei Be-

[91]) Endemann Bd. 2 S. 819.

stellung eines Mobiliarpfandrechts auf den Verpfänder ein gesetzlicher Forderungsübergang statt.

Ebenso wie dem Eigentümer eines Grundstücks nach § 1143 Abs. 1 steht dem Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist, das Recht zu, den Gläubiger zu befriedigen. Die Voraussetzung der Befriedigung bildet ebenso wie beim Grundstückseigentümer die Berechtigung des Schuldners zur Leistung (§ 1223 Abs. 2). Ebenso steht der Befriedigung des Pfandgläubigers die Hinterlegung und Aufrechnung gleich (§ 1224).

Mit der Befriedigung des Pfandgläubigers geht auf den Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist, die Forderung kraft Gesetzes über, und zwar in der Höhe, in der der Verpfänder an den Pfandgläubiger geleistet hat (§ 1225 Satz 1).

Gemäß §§ 412, 401 und der ausdrücklichen Vorschrift des § 1250 geht auch das Pfandrecht mit dem Übergange der Forderung auf den Verpfänder über.

Außerdem ist der alte Pfandgläubiger auf Grund des § 1251 Abs. 1 verpflichtet, dem neuen Pfandgläubiger den Pfandgegenstand herauszugeben. Mit der Vereinigung des Pfandrechts und des Pfandes in der Person des Verpfänders erlischt das Pfandrecht nach § 1253 Abs. 1. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Verpfänder Eigentümer des Pfandgegenstandes ist. In diesem Falle gilt, wenn Pfand und Pfandrecht in der Person des Eigentümers vereinigt sind, das Pfandrecht als nicht erloschen, sofern der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat (§ 1256 Abs. 2).

Da der Verpfänder ebenso wie der Grundstückseigentümer eine dem Bürgen ähnliche Stellung einnimmt, finden die Bestimmungen des § 774 auch für diesen Fall Anwendung. Zunächst kommt in Betracht § 774 Abs. 1 Satz 2 u. 3, deren Bedeutung wir schon oben gewürdigt haben und auf die wir deshalb an dieser Stelle nicht näher einzugehen brauchen.

Im Gegensatz zu § 1143 ist aber im § 1225 nicht nur auf § 774 Abs. 1, sondern auch auf § 774 Abs. 2 Bezug genommen. Wie die Anwendung des § 774 Abs. 2 zu denken ist, ist äußerst bestritten.

Von Bedeutung wird die Vorschrift des § 774 Abs. 2, wenn für die Forderung des Gläubigers außer dem zur Sicherung bestellten Pfande noch andere Sicherungsrechte bestehen. Käme für den Drittverpfänder nur die Anwendung des § 774 Abs. 1 in Frage, so würden sich dieselben rechtlichen Folgen ergeben, die aus dem Forderungsübergang nach § 1225 Abs. 1 in Verb. mit §§ 412, 401 resultieren, d. h. es gingen mit der Befriedigung des Gläubigers sowohl die Forderung als auch die zu ihrer Sicherung bestellten Rechte ohne Einschränkung auf den Drittverpfänder über.

In diesem Sinne sprechen sich Endemann und Biermann[92]) aus. Biermann begründet dies damit, daß im § 1225 ein Redaktionsfehler vorliegen müsse, da die Anwendung des § 774 Abs. 2 weder für mehrere Verpfänder noch für das Verhältnis zwischen einem Verpfänder und Mitbürgen in Betracht kommen könne. Wenn auch vielleicht für die Annahme eines Redaktionsfehlers eine gewisse Berechtigung aus der Entstehungsgeschichte[93]) des § 774 herzuleiten ist, so bleibt dieser Ausweg doch immer bedenklich,[94]) und wir werden im folgenden sehen, daß wir auch ohne Annahme eines solchen Fehlers zu einem befriedigenden Ergebnis kommen.

Planck[95]) will für den Fall, daß der Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt, entsprechend der Vorschrift des § 1225 in Verb. mit § 774 Abs. 2 einen Forderungsübergang nur gemäß § 774 Abs. 2 zulassen. Darnach gehen auf den Drittverpfänder die Forderung des Gläubigers und die Nebenrechte nur insoweit über, als der Drittverpfänder von dem Bürgen oder Grundstückseigentümer Ausgleichung verlangen kann.

Hat also der Drittverpfänder unabhängig von den anderen Sicherheit Leistenden das Pfand bestellt und ist infolgedessen zwischen diesen Personen ein auf Ausgleichung gerichtetes Rechtsverhältnis nicht zustande gekommen — daß durch die Verweisung auf § 774 Abs. 2 nicht kraft Gesetzes ein Ausgleichungsanspruch zwischen mehreren Sicherheit Leistenden begründet werden soll, werden wir später sehen —, so muß der Drittverpfänder die Last der Zahlung allein tragen, da ihm ja ein Recht auf Ausgleichung nicht zusteht.

Stände aber dem Drittverpfänder ein Ausgleichungsanspruch zu, so gingen in dessen Höhe die Forderung und die Nebenrechte auf ihn gegen die anderen Sicherheit Leistenden über.

Eine derartige Regelung dieses Streitfalls könnte allenfalls dann befriedigend sein, wenn auch umgekehrt der Bürge oder Grundstückseigentümer gegen den Drittverpfänder nur in Höhe eines Ausgleichungsanspruchs Regreß nehmen könnte. Diesen Schluß zieht aber Planck[96]) nicht, vielmehr soll auf den Bürgen oder Grundstückseigentümer bei Befriedigung des Gläubigers ohne Rücksicht auf einen Ausgleichungsanspruch die ganze Forderung nebst allen Nebenrechten uneingeschränkt übergehen. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb gerade der Drittverpfänder gegenüber

[92]) Endemann Bd. 2 S. 932, 12 und Biermann § 1225 Anm. 1.
[93]) Strohal, DJZ. 1903 Nr. 16, 17 S. 375, 1.
[94]) Martinius, DJZ. 1903 Nr. 23 S. 543.
[95]) Bd. 3 Anm. 2 zu § 1225 S. 772 ff.
[96]) a. a. O. S. 774.

Bürgen oder Grundstückseigentümern in einer solchen Weise benachteiligt werden sollte. Die Lösung, die Planck gibt, ist also keineswegs befriedigend.

Um eine befriedigende Lösung dieses Problems zu erzielen, können wir nicht einzelne Bestimmungen herausgreifen, sondern wir müssen uns das ganze System vergegenwärtigen, das das Bürgerliche Gesetzbuch für den gesetzlichen Forderungsübergang aufstellt.[97])

Wir haben oben festgestellt, daß wenn nur eine Sicherung für die Forderung des Gläubigers besteht, eine Bürgschaft, Hypothek oder Pfandrecht, und der persönlich oder dinglich Sicherheit Leistende den Gläubiger befriedigt, die Forderung mit allen Nebenrechten gemäß §§ 412, 401 auf den Zahlenden übergeht. Weiter haben wir festgestellt, daß wenn mehrere als Mitbürgen haften oder mehrere Grundstückseigentümer für eine fremde Schuld Sicherheit leisten, eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze, daß mit der Befriedigung des Gläubigers die Nebenrechte unbeschränkt auf den Zahlenden übergehen, stattfindet. Der Forderungsübergang und der Übergang der Nebenrechte auf einen zahlenden Mitbürgen bestimmt sich gemäß § 774 Abs. 2 nach § 426. Er ist also nicht nur von der Befriedigung des Gläubigers abhängig, sondern auch von einem Ausgleichungsanspruch gegen die Bürgen. Der Ausgleichungsanspruch des zahlenden Mitbürgen wird sich in der Regel auf § 426 Abs. 1 stützen, nach dem die Gesamtschuldner, also auch die Mitbürgen, zur Ausgleichung verpflichtet sind, kann aber auch aus einem zwischen den Mitbürgen geschlossenen Rechtsgeschäft resultieren.

Haften mehrere Grundstückseigentümer für die Forderung des Gläubigers, und befriedigt ein Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger, so bestimmt sich der Übergang der Nebenrechte nur nach § 1173 unter Ausschluß der Anwendung des § 401.

Nach § 1173 Abs. 1 erwirbt der zahlende Eigentümer nur die Hypothek an seinem Grundstücke. Der Übergang der Hypotheken an den andern Grundstücken erfolgt nach § 1173 Abs. 2 nur, wenn der Zahlende von den andern Eigentümern Ersatz verlangen kann.

Wir finden also das Verhältnis mehrerer Eigentümer bezüglich des Übergangs der Nebenrechte in gleicher Weise geregelt wie das mehrerer Mitbürgen. Der Unterschied besteht nur darin, daß unter den Mitbürgen eine Ausgleichungspflicht besteht nach § 426

---

[97]) vgl. zu dem Folgenden Sternberg in Gruchots Beitr. 52. Jahrg. Heft 4 u. 5 S. 545 ff.

Abs. 1, während für die Eigentümer eine gesetzliche Ausgleichungspflicht nicht bestimmt ist, da es in diesem Falle die Verteilung der Lasten auf die einzelnen Grundstücke in richtiger Weise zu regeln zu schwierig wäre.[98])

Der Ersatzanspruch eines Eigentümers und der darauf beruhende Übergang der Hypothek an dem Grundstücke eines andern Eigentümers kann sich daher nur aus einem zwischen den Eigentümern bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse[99]) herleiten lassen, es sei denn, daß die Eigentümer als Gesamtschuldner hafteten.

Haben nun mehrere Verpfänder Sicherheit für eine Forderung des Gläubigers geleistet, so ist wohl anzunehmen, daß in diesem Falle unter den Verpfändern eine ähnliche Regelung ihrer Rechtsverhältnisse anzunehmen ist wie unter mehreren Eigentümern, da insbesondere die rechtliche Stellung der Verpfänder als dinglich Verpflichteter dieselbe ist wie die der Eigentümer.[100])

§ 774 Abs. 2 soll Anwendung auf § 1225 finden. Nach § 774 Abs. 2 gehen Forderungen und Nebenrechte unter der Voraussetzung auf den zahlenden Mitbürgen über, daß er einen Ersatzanspruch gegen die andern Mitbürgen hat.

Wenden wir diese Bestimmung bezüglich des Übergangs der Nebenrechte auf mehrere Verpfänder an, so ergibt sich, daß auf den zahlenden Verpfänder die Pfandrechte nur übergehen, wenn er einen Ausgleichungsanspruch gegen die übrigen Verpfänder hat.[101]) Wenn wir in dieser Weise die Anwendung des § 774 Abs. 2 auf § 1225 auslegen, dann erklärt sich auch der Unterschied, daß im § 1143 nur auf § 774 Abs. 1, während in § 1225 auch auf § 774 Abs. 2 verwiesen wird. Die Heranziehung des § 774 Abs. 2 für § 1143 ist deshalb nicht erforderlich, weil die Beziehungen mehrerer Grundstückseigentümer ihre Regelung in § 1173 finden.[102])

Es kann nun unter mehreren Verpfändern ebenso wie unter den Grundstückseigentümern nur ein Ersatzanspruch auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses in Betracht kommen. Diejenigen,[103]) die meinen, daß durch den Hinweis auf § 774 Abs. 2 im § 1225 eine gesetzliche Ausgleichungsverpflichtung unter den Verpfändern begründet werden soll, kommen zu dieser unrichtigen Auffassung durch die falsche Auslegung des § 774 Abs. 2.

---

[98]) Crome Bd. 3 S. 780, 781; Mot. Bd. 3 S. 685, 686.

[99]) vgl. Endemann Bd. 2 S. 819; Biermann S. 329 § 1132 Anm. 1; Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers S. 201.

[100]) Sternberg a. a. O. S. 549.

[101]) vgl. Schulz S. 68.

[102]) Sternberg S. 550.

[103]) Bendix, Arch. f. bürgerl. R. (herausg. von Kohler, Ring, Oertmann) Bd. 25 S. 92, 93; Crome Bd. 3 S. 386, 43.

Wie wir schon oben dargelegt haben, geht die Ausgleichungsverpflichtung der Mitbürgen aus § 769 hervor. Der § 774 Abs. 2 dient lediglich dazu, um für die Regelung des Forderungsüberganges auf einen Mitbürgen § 774 Abs. 1 auszuschließen. Infolgedessen ist es falsch, aus dem Hinweis im § 1225 auf § 774 Abs. 2 anzunehmen, daß das Verhältnis der Verpfänder ein gesamtschuldnerisches sei. Tatsächlich bestehen unter den Verpfändern ebenso wie unter den Grundstückseigentümern nur dann rechtliche Beziehungen, wenn sie sich untereinander durch Rechtsgeschäft verpflichtet haben, aber niemals kraft Gesetzes.[104])

Daraus ergibt sich auch, daß Breits[105]) Ansicht, daß mehrere Sicherheit Leistende untereinander im Zweifel zum Ausgleich verpflichtet sind, nicht zutrifft. Breit folgert diesen allgemeinen Grundsatz aus den §§ 774 Abs. 2 u. 1225 Abs. 2. Wir haben aber festgestellt, daß durch § 774 Abs. 2 und infolgedessen auch durch die Verweisung in § 1225 auf § 774 Abs. 2 eine gesetzliche Ausgleichungspflicht unter mehreren Verpfändern nicht begründet wird. Es widerspricht auch dieser Ansicht Breits die Vorschrift des § 1173 Abs. 2, die ausdrücklich nur einen Ausgleichungsanspruch auf Grund besonderen Rechtsgeschäfts anerkennt. Das gibt auch Breit zu (S. 293). Schulz dagegen (S. 71), der ebenso wie Breit eine gesetzliche Ausgleichungspflicht unter mehreren Sicherheit Leistenden annimmt, versucht auch die Bestimmung des § 1173 mit seiner Ansicht in Einklang zu bringen, indem er sagt, daß „§ 1173 nur den Regreß auf Grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten, nicht die Ausgleichung regelt". Die Geltendmachung des Regresses wird aber gerade in § 1173 Abs. 2 von der Ausgleichung abhängig gemacht, und diese ist, wie aus § 1173 Abs. 2 klar hervorgeht, nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zulässig.[106])

Wir können also das bisher Gesagte dahin zusammenfassen, daß wenn einer von mehreren Sicherheit Leistenden, die im Verhältnis zueinander sich in gleicher rechtlicher Stellung, entweder als persönlich oder dinglich Haftende befinden, den Gläubiger befriedigt, die Sicherungsrechte nur dann auf den Leistenden übergehen, wenn er einen Ausgleichungsanspruch gegen die andern Sicherheit Leistenden hat. Bei den persönlich Haftenden besteht dieser Ausgleichungsanspruch kraft Gesetzes (§ 426 Abs. 1), bei den dinglich Haftenden nur auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses.[107])

---

[104]) Sternberg S. 550.
[105]) In Gruchots Beitr. 48. Jahrg. S. 293; ebenso Dertmann § 774 Anm. 6.
[106]) vgl. Sternberg S. 559.
[107]) Sternberg S. 556.

Wir können daher daraus den Schluß ziehen, daß wenn eine Hypothek und ein Pfand für die Forderung bestellt ist, die übrigen Sicherungsrechte nur insoweit übergehen, als der leistende Verpfänder oder Grundstückseigentümer auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses von dem andern Verpflichteten Ausgleichung verlangen kann, da beide, Grundstückseigentümer und Verpfänder, als dinglich Verpflichtete im Verhältnis zueinander sich in gleicher rechtlicher Stellung befinden.[108])

Es erübrigt sich nun noch, davon zu sprechen, wie sich der Übergang der Nebenrechte zwischen einem Bürgen, Verpfänder und Grundstückseigentümer, wenn einer von diesen den Gläubiger befriedigt, gestaltet. Durch arg. e contrario können wir von vornherein feststellen, daß der Übergang der Sicherungsrechte zwischen den eben Genannten nicht in der Weise sich regeln kann wie zwischen den Mitbürgen oder zwischen Verpfändern, da sie im Verhältnis zueinander nicht in gleicher rechtlicher Stellung sich befinden, der Bürge persönlich, der Verpfänder nur dinglich dem Gläubiger verhaftet ist.

Diesen Grundsatz muß man unbedingt beachten. Dadurch, daß Bendix[109]) diesen wichtigen Unterschied nicht beachtet, kommt er zu dem falschen Resultat, daß der Übergang der Nebenrechte im Verhältnis zwischen Bürgen und Verpfänder nach § 426 zu regeln ist. Dieselbe Ansicht vertritt auch Staudinger,[110]) wobei ihm jedoch das Bedenkliche dieser Ansicht wohl zum Bewußtsein kommt, denn er vertritt sie nur „um des befriedigenden Ergebnisses halber". Diese Lösung kann man aber keineswegs eine befriedigende nennen.

Gemäß dem Unterschiede zwischen Bürgen und Verpfänder oder Grundstückseigentümer im Verhältnisse ihrer rechtlichen Stellung ist auch noch ein weiterer Unterschied zwischen den Genannten zugunsten des Rückgriffsrechts des Bürgen in § 776 festgestellt.[111])

Darnach wird der Bürge von seiner Verpflichtung insoweit frei, als der Gläubiger ein für die Forderung bestehendes Sicherungsrecht aufgibt und der Bürge nach § 774 aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz verlangen können. Einer Aufgabe eines Sicherungsrechtes durch den Gläubiger muß der Untergang eines solchen Rechts, der durch den gesetzlichen Forderungsübergang entsteht, gleichgeachtet werden.[112])

---

[108]) Sternberg a. a. O.
[109]) S. 91.
[110]) Bd. 3 § 1225 Anm. 2 b S. 862.
[111]) Strohal, DJZ. 1903 Nr. 16, 17 S. 375 ff.
[112]) Sternberg S. 562; Koban S. 176.

Nach § 776 ist es also gleichgültig, ob der Bürge oder ein anderer Sicherungsleistender zuerst den Gläubiger befriedigt. Zahlt der Bürge zuerst, so gehen gemäß §§ 412, 401 die Sicherungsrechte auf ihn über. Befriedigt andererseits der Grundstückseigentümer oder Verpfänder den Gläubiger zuerst, so kann er Ausgleichung vom Bürgen nur verlangen, wenn er die Hypothek bestehen läßt. Andernfalls wird der Bürge nach § 776 frei.

Das gleiche hat für das Verhältnis zwischen Bürgen und Pfandeigentümer zu gelten. Es erlischt aber durch die Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigentümer nach § 1256 Abs. 1 das Pfandrecht, der Bürge würde also damit nach § 776 frei. Für diesen Fall kommt, wenn der Pfandeigentümer sich an den Bürgen halten will, die Bestimmung des § 1256 Abs. 2 in Anwendung, nach dem das Pfandrecht als nicht erloschen gilt, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat.

„Ein solches Interesse wird dann schon angenommen, wenn der Pfandeigentümer die auf ihn übergegangene Forderung mit dem Pfandrechte weiter übertragen will. Um so mehr muß ein Interesse des Pfandeigentümers an dem Fortbestehen des Pfandrechts angenommen werden, wenn das Rückgriffsrecht des Pfandeigentümers gegen den Bürgen von dem Bestehenbleiben des Pfandrechts abhängig ist.“[113])

So haben wir einmal dadurch, daß wir den Unterschied in der rechtlichen Stellung zwischen Bürgen und Verpfänder oder Grundstückseigentümer, den Unterschied zwischen persönlich und dinglich Haftendem hervorgehoben haben, andererseits aber auch den zugunsten des Bürgen gegebenen § 776 die richtige Würdigung zuteil werden ließen, eine Lösung für das Verhältnis mehrerer Sicherheitsleistenden, die im Verhältnis zueinander eine verschiedene rechtliche Stellung einnehmen, bezüglich des Übergangs der Sicherungsrechte gefunden.

III, 1. In den zu Abs. I u. II gemachten Ausführungen hatten wir von einem gesetzlichen Forderungsübergang zu sprechen, der zugunsten von dritten Personen, die in unmittelbarer (§ 426) oder mittelbarer (§§ 774, 1143, 1225, 1607, 1709) rechtlichen Beziehung zu dem Gläubiger standen, auf Grund der Befriedigung des Gläubigers stattfand.

In diesem Absatz haben wir von dem gesetzlichen Übergange der Forderung des Gläubigers auf solche Personen zu sprechen, die zwar in keiner rechtlichen Beziehung zum Gläubiger stehen,

---

[113]) Sternberg S. 563. Ebenso Strohal a. a. O. S. 377; Biermann Anm. zu § 1256; Planck Anm. 3 zu § 1256.

denen aber auf Grund rechtlicher Beziehung zum Schuldner ein selbständiges Recht, das Ablösungsrecht, zusteht, das Recht, den Gläubiger unter bestimmter Voraussetzung zu befriedigen, und auf die mit der Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes die Forderung des Gläubigers übergeht.[114])

In drei Paragraphen erwähnt das Bürgerliche Gesetzbuch den gesetzlichen Forderungsübergang, der durch die auf Grund des Ablösungsrechts erfolgte Befriedigung herbeigeführt wird: §§ 268, 1150, 1249. Wir stellen die Besprechung des § 268 an die Spitze, da dieser entsprechende Anwendung auf §§ 1150 u. 1249 findet. Nach § 268 sind ablösungsberechtigt diejenigen, die an einem dem Schuldner gehörigen Gegenstand ein dingliches Recht haben. Aus der Fassung des Gesetzes „Recht an einem Gegenstande"[115]) geht hervor, daß nur dinglich Berechtigten, aber nicht denjenigen, die nur einen obligatorischen Anspruch haben, das Ablösungsrecht zusteht.[116]) Außerdem ist ablösungsberechtigt der Besitzer der Sache sowohl als mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer (§§ 854, 868).

Voraussetzung für die Geltendmachung des Ablösungsrechtes ist, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den mit dem Rechte des Dritten belasteten oder im Besitze des Dritten befindlichen Gegenstand betreibt und dadurch das Recht oder den Besitz des Dritten gefährdet.

Liegt diese Voraussetzung vor, so können die durch die Zwangsvollstreckung in ihrem Rechte Bedrohten den zu befürchtenden Untergang ihres Rechtes oder den Verlust ihres Besitzes durch die Befriedigung des Gläubigers abwenden.

Das Ablösungsrecht ist, wie wir oben schon festgestellt haben, ein selbstverständliches Recht. Es kann daher die Leistung des Ablösungsberechtigten vom Gläubiger auf Grund des Widerspruchs des Schuldners nicht abgelehnt werden, wie es nach § 267 Abs. 2 in anderen Fällen, wenn ein Dritter für den Schuldner leistet, statthaft ist. Würde der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigern, so geriete er in Verzug und der Ablösungsberechtigte wäre zur Hinterlegung berechtigt (§ 268 Abs. 2). Ebenso steht dem Ablösungsberechtigten auf Grund seines selbständigen Leistungsrechtes die Aufrechnung zu (§ 268 Abs. 2).[117])

Der Ablösungsberechtigte muß den Gläubiger in der Höhe des Betrags befriedigen, wegen dessen der Gläubiger die Zwangs-

---

[114]) Planck § 268 Anm. 1.
[115]) Endemann Bd. 1 S. 227, 5.
[116]) Planck § 268 Anm. 3a; Oertmann § 268 Anm. 2a u. c.
[117]) vgl. Kretzschmar § 1150 Anm. 4; Planck § 268 Abs. 1.

vollstreckung betreibt.[118]) Zu Teilleistungen ist der Ablösungsberechtigte ebensowenig berechtigt wie der Schuldner nach § 266. Betreibt der Gläubiger aber nur wegen eines Teiles seiner Forderung die Zwangsvollstreckung, dann ist auch der Ablösungsberechtigte nur in der Höhe dieses Teiles zur Befriedigung verpflichtet. In diesem Falle geht auch die Forderung des Gläubigers nur in der entsprechenden Höhe auf den Zahlenden über, und es greift die Vorschrift des § 268 Abs. 3, daß der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, Platz.[119]) Ist der Gläubiger aber vollständig befriedigt, so geht die ganze Forderung auf den Befriedigenden über und gemäß §§ 412, 401 mit allen Nebenrechten.

III, 2. Nicht so eng wie im § 268 ist die Voraussetzung, von der im § 1150 das Ablösungsrecht abhängig gemacht wird. Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibt, um die Geltendmachung des Ablösungsrechtes zu begründen, es genügt schon, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt.

Wann die Absicht des Gläubigers, sich aus dem Grundstücke zu befriedigen, besteht, wird aus dem Verhalten des Gläubigers im einzelnen Falle zu entnehmen sein. Aus einer Mahnung an den persönlichen Schuldner oder der Erhebung der persönlichen Klage gegen denselben würde die Absicht des Gläubigers, sich aus dem Grundstücke zu befriedigen, noch nicht hervorgehen und infolgedessen das Ablösungsrecht nicht begründet sein. Wohl aber wird diese Absicht dann vorliegen, wenn der Gläubiger dem Eigentümer die Forderung kündigt und damit die Fälligkeit der Forderung dem Eigentümer gegenüber herbeigeführt wird (§ 1141 Abs. 1 Satz 1).[120])

Wenn der Gläubiger also Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, dann können ebenso wie nach § 268 die dinglich Berechtigten und Besitzer des Grundstücks, die durch die drohende Zwangsvollstreckung einen Verlust ihres Rechts erleiden würden, ihr Ablösungsrecht ausüben. In Betracht kommen hier nur solche dinglich Berechtigte, die mit ihrem Rechte dem Befriedigung suchenden Gläubiger nachstehen, und die Besitzer, z. B. Pächter, Mieter. Die dem Gläubiger im Range ihrer dinglichen Rechte Vorstehenden haben durch die Zwangsvollstreckung keinen Verlust zu fürchten auf Grund der §§ 44, 49 ZVG. und sind daher nicht ablösungsberechtigt.[121]) Ein Ablösungsrecht ist diesen aber billiger-

---

[118]) Planck § 268 Anm. 5.
[119]) Planck § 268 Anm. 8, 2.
[120]) Planck § 1150 Anm. 1 Abs. 2.
[121]) Planck § 1150 Anm. 2.

weise dann zuzugestehen, wenn sie einen Verlust an Zinsen, die seit mehr als zwei Jahren rückständig sind, durch die Zwangsvollstreckung erleiden würden (§ 10 Abs. 4 ZVG.).[122])

Aus dem bei § 268 angegebenen Grunde sind auch im Falle des § 1150 die Ablösungsberechtigten als selbständig Berechtigte zur Aufrechnung und Hinterlegung berechtigt. Sind mehrere Ablösungsberechtigte vorhanden, so ist wohl mit Planck[123]) als das Richtige anzunehmen, daß die Ablösungsberechtigten zunächst als gleichberechtigt anzusehen sind, und daß derjenige, der den Gläubiger zuerst befriedigt, die andern ausschließt. Denn nur die Befriedigung hat praktische Bedeutung, während durch die bloße dem Gläubiger gegenüber abgegebene Erklärung, sein Ablösungsrecht geltend machen zu wollen, wie Biermann[124]) annimmt, der Gläubiger nicht gebunden wird, die Zwangsvollstreckung zu unterlassen, also auch die Gefahr, die durch die Zwangsvollstreckung dem Rechte an dem Grundstücke droht, nicht abgewendet wird.

Mit der Befriedigung des Gläubigers geht die Forderung auf den Ablösenden über. Ist das Ablösungsrecht vor der Zwangsvollstreckung nicht geltend gemacht worden, die Zwangsversteigerung also begonnen worden, so ist es nach § 75 ZVG. einem Ablösungsberechtigten gestattet, den Betrag der Forderung und der Kosten beim Vollstreckungsgericht zu bezahlen und dadurch die Zwangsvollstreckung zu unterbrechen. Die Wirkung der Ablösung, der gesetzliche Forderungsübergang, tritt aber erst mit der Befriedigung des Gläubigers durch das Gericht ein.[125])

Nach §§ 412, 401, 1153 geht mit der Forderung auch die Hypothek kraft Gesetzes über. Nach § 1144 geht auch das Eigentum am Hypothekenbrief und den sonstigen Urkunden, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder Löschung der Hypothek erforderlich sind, auf den Ablösenden über.

Befriedigt der Ablösende den Gläubiger nur zum Teil, so geht auch die Forderung nur in der entsprechenden Höhe über. Nach § 268 Abs. 3 Satz 2 geht die Restforderung des Gläubigers der übergegangenen Forderung vor.[126]) Entsprechendes gilt auch für die dem Gläubiger verbleibende Resthypothek.[127])

Bei nur teilweiser Befriedigung kann der Ablösende die Aushändigung des Hypothekenbriefes nicht verlangen, wohl aber die Eintragung eines entsprechenden Vermerks auf demselben und

---

[122]) Planck a. a. O.
[123]) Planck a. a. O.
[124]) § 1150 Anm. 1 b.
[125]) Planck § 1150 Anm. 1 Abs. 2.
[126]) Prot. Bd. 3 S. 579.
[127]) Biermann § 1150 Anm. 2.

eine entsprechende Berichtigung bezw. teilweise Löschung im Grundbuche (§ 1145). Handelt es sich um eine Buchhypothek, so kann der Ablösende einen Widerspruch im Grundbuche eintragen lassen, um gegen Verfügungen des Gläubigers gegenüber Dritten gesichert zu sein.[128])

Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus mehreren Grundstücken, für die eine Gesamthypothek bestellt ist, dann geht auf den Ablösenden bei Befriedigung des Gläubigers auch die Gesamthypothek über, vorausgesetzt, daß er ein dingliches Recht an den Grundstücken hat und sein Recht durch die drohende Zwangsvollstreckung gefährdet wird. § 1173 findet in diesem Falle also keine Anwendung.[129])

III, 3. § 1249 in Verb. mit § 268 regelt den gesetzlichen Forderungsübergang vom Pfandgläubiger auf den Ablösungsberechtigten. Darnach ist derjenige ablösungsberechtigt, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an demselben verlieren würde. Es kommen also hier der Eigentümer, andere Pfandgläubiger derselben Sache, der Nießbraucher — es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht (§ 1242 Abs. 2 Satz 2) —, also die Realberechtigten in Betracht. Ein ablösungsberechtigter Besitzer kann hier nicht in Frage kommen, da nach § 1205 nach Bestellung des Pfandrechts dem Pfandgläubiger allein der Besitz zukommt. Hat trotzdem ein anderer den Pfandgegenstand in Besitz, so liegt entweder verbotene Eigenmacht vor oder der Pfandgegenstand ist im Einverständnis mit dem Pfandgläubiger, z. B. zur Verwahrung, im Besitz eines andern, dann ist natürlich eine Ablösungsberechtigung im Falle des Verkaufs des Pfandgegenstands für den gegenwärtigen Besitzer nicht begründet.[130])

Die Berechtigten können ihr Ablösungsrecht geltend machen schon von dem Zeitpunkte ab, an dem der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Nach § 271 Abs. 1 besteht also das Recht, den Pfandgläubiger zu befriedigen, mit der Entstehung der Forderung. Andererseits kann das Ablösungsrecht auch dann noch geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger schon den Verkauf des Pfandes betreibt, aber nicht nach Abschluß des Kaufvertrags oder bei Versteigerung nach dem Zuschlag, der dem Abschluß des Kaufvertrags entspricht.[131]) Mit dem rechtmäßigen Verkaufe erlöschen die an dem Pfandgegenstand bestehenden dinglichen Rechte, die Geltendmachung eines Ablösungsrechts ist dann nicht mehr begründet

---

[128]) Turnau-Förster § 1150 Anm. 10.
[129]) Turnau-Förster a. a. O.
[130]) Mot. Bd. 3 S. 815; Kretzschmar § 1249 Anm. 1.
[131]) Mot. Bd. 3 S. 816; Kretzschmar § 1150 Anm. 1 A. 2.

(§ 1242). Die Ansicht Plancks,[132]) der einen Unterschied zwischen Zuschlag und Abschluß des Kaufvertrags macht, ist nicht gerechtfertigt, denn der Zuschlag des Versteigernden tritt an die Stelle der zum Abschluß eines Kaufvertrags erforderlichen Willenserklärung des Verkäufers (vgl. § 156).

Entsprechend § 1223 Abs. 2 und wie wir schon im Anschluß an § 268 dargelegt haben, hat der Berechtigte ein selbständiges Recht, den Gläubiger zu befriedigen, und der Gläubiger muß die Leistung annehmen. Auf Grund dieses Rechts kann der Ablösungsberechtigte auch den Gläubiger durch Hinterlegung oder Aufrechnung befriedigen, falls die Voraussetzungen (§§ 378 u. 387) für die Erfüllungssurrogate bestehen (§ 268 Abs. 2).

Mit der Befriedigung geht die Forderung kraft Gesetzes auf den Ablösenden über und damit auch das Pfandrecht (§§ 412, 401, 1250 Abs. 1). Außerdem ist der Pfandgläubiger nach § 1223 Abs. 2 zur Herausgabe des Pfandes verpflichtet. Befriedigt der Eigentümer den Pfandgläubiger, so erlischt das Pfandrecht, falls nicht der Eigentümer ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestehen hat (§ 1256).

Hat der Ablösungsberechtigte den Pfandgläubiger nur zum Teil befriedigt, so gilt das im Anschluß an § 268 Abs. 3 Satz 2 Gesagte. Insbesondere kann der Leistende in diesem Fall die Herausgabe des Pfandes nicht verlangen; dasselbe gilt, wenn dem Pfandgläubiger wegen anderer Forderungen ein weiteres Pfandrecht an dem Pfande zusteht.[133])

III. Rechtliche Natur des gesetzlichen Forderungsüberganges.

Wir haben im vorhergehenden bei der Erörterung der einzelnen Fälle, bei denen kraft Gesetzes ein Forderungsübergang stattfindet, die Voraussetzung kennen gelernt, an die das Gesetz den Forderungsübergang anknüpft. Im Anschluß daran können wir in folgendem die rechtliche Natur des Forderungsübergangs feststellen.

Wir hatten oben erwähnt, daß der Forderungsübergang kraft Gesetzes als cessio legis bezeichnet wird. Wie wir in der Einleitung zur freiwilligen Forderungsübertragung festgestellt haben, besteht aber die Zession in einem Vertrage zwischen Zedenten und Zessionar, auf Grund dessen die Forderung übertragen wird. Der Übergang der Forderung ist also abhängig

[132]) § 1249 Anm. 4.
[133]) Biermann § 1249 Anm. a. E.

von dem Willen der Parteien, des Gläubigers und des Dritten, an den die Forderung abgetreten werden soll. In allen Fällen des gesetzlichen Forderungsübergangs aber, sowohl bei dem einfachen Forderungsübergang als auch beim Forderungsübergang in den Subrogationsfällen, besteht ein Vertrag zwischen dem Inhaber der Forderung und demjenigen, auf den sie übergeht, nicht. Vielmehr bestimmt das Gesetz, wann eine Forderung kraft Gesetzes übergeht.

Es würde auch die Bezeichnung „Forderungsübergang" statt „Forderungsübertragung, wie es im Gesetz § 412 heißt, das Wesen des gesetzlichen Forderungsübergangs treffender kennzeichnen, da die Übertragung ein aktives Tun des Inhabers der Forderung voraussetzt, der gesetzliche Forderungsübergang jedoch ohne solches aktives Handeln vor sich geht.[134])

Insbesondere ist nun die Konstruktion des gesetzlichen Forderungsübergangs in den Subrogationsfällen, bei denen der Übergang der Forderung von der Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten abhängt, Gegenstand des Streites gewesen.

Die Ursache des Streites ist die, daß ein Dritter den Gläubiger für eine Forderung befriedigt, daß aber mit der Befriedigung die Forderung nicht erlischt, sondern kraft Gesetzes auf den Befriedigten übergeht. Mit dieser Bestimmung setzt sich, worauf wir schon oben hingewiesen haben, das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem in § 362 Abs. 1 zusammen mit § 267 aufgestellten Grundsatz in Zwiespalt, da nach § 362 Abs. 1 das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, gleichgültig ob der Schuldner selber leistet oder für ihn ein Dritter, ohne daß der Schuldner Widerspruch erhebt. Diese Divergenz in den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu lösen, sind verschiedene Ansichten über die rechtliche Konstruktion des gesetzlichen Forderungsübergangs aufgestellt worden.

In den Motiven[135]) ist bei Besprechung der Subrogation des Bürgen an die Stelle des befriedigten Gläubigers die Ansicht geäußert, „daß der Bürge den Gläubiger nicht solvendi causa, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, befriedigt, so daß diese Forderung trotz der Befriedigung des Gläubigers bestehen bleibt". In den Motiven wird also angenommen, daß der Übergang der Forderung durch ein Kaufgeschäft zu erklären sei. Zum Abschluß eines Kaufes ist aber ein Vertrag zwischen den Kontrahenten erforderlich. Wie wir aber

---

[134]) Regelsberger, Arch. f. ziv. Prax., herausgegeben v. Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry, Bd. 63 Nr. 8 S. 158; Crome Bd. 2, 1 S. 346, 25.

[135]) Bd. 2 S. 673 a. E.; vgl. auch Dertmann Anm. 1 b zu § 774 S. 848.

oben festgestellt haben, kommt zwischen dem alten und neuen Gläubiger gar kein Vertrag zustande. Die Voraussetzung für ein Kaufgeschäft ist also nicht gegeben, infolgedessen ist diese Erklärung der Motive hinfällig.

Stammler[136]) erklärt den gesetzlichen Forderungsübergang in der Weise, daß die Forderung des Gläubigers mit der Leistung des Dritten untergeht und mit dem Erlöschen der alten Forderung eine der Forderung des Gläubigers entsprechende neue Forderung bei dem zahlenden Dritten entsteht. Die Ansicht Stammlers scheint noch unter dem Einflusse der römischrechtlichen Auffassung, daß eine Forderung nicht übertragbar sei, zu stehen und befindet sich somit im Widerspruche mit dem in den Motiven Bd. 2 S. 118 für das moderne Recht aufgestellten Grundsatze von der Sondernachfolge in Forderungen.

Abgesehen außerdem davon, daß diese Konstruktion eine sehr künstliche ist, trägt Stammler auch gar nicht den Worten des Gesetzes Rechnung,[137]) ja er setzt sich sogar zum Gesetz in direkten Widerspruch. In allen Fällen des gesetzlichen Forderungsübergangs heißt es ausdrücklich, daß die Forderung des Gläubigers mit seiner Befriedigung auf den Dritten übergeht. Niemals gibt das Gesetz auch nur eine Andeutung, die der Konstruktion Stammlers eine Berechtigung gäbe. Wenn wir den Untergang der Forderung und an seiner Stelle das Entstehen einer neuen Forderung annähmen, würde dem Subrogierten nur ein persönlicher Anspruch in Höhe der Forderung gegen den Schuldner zustehen, der Übergang der Nebenrechte, der mit dem Übergang der Forderung nach §§ 412, 401 verbunden ist, nur schwer eine Erklärung finden (vgl. z. B § 1252). Ebensowenig würde die rechtliche Stellung des Schuldners, die dem neuen Gläubiger gegenüber die gleiche ist wie gegenüber dem bisherigen, nicht begründet sein.[138]) Dieses Argument gegen Stammler wird auch durch den Hinweis von Schulz (S. 31), daß bei gewissen Subrogationsfällen die Sicherungsrechte nur beschränkt übergehen, nicht hinfällig, da ja doch grundsätzlich mit dem Übergang der Forderung auch der Übergang der Sicherungsrechte stattfindet.

Mit den Konstruktionen des gesetzlichen Forderungsüberganges, wie wir sie in den Motiven und bei Stammler finden, kommen wir zu keinem befriedigenden Ergebnis. Wenn wir aber den Zweck berücksichtigen, den ein Schuldverhältnis für den Gläubiger hat, und andererseits in Berücksichtigung ziehen, was das Gesetz

---

[136]) S. 203; ähnlich auch Matthiaß Bd. 1 S. 459.
[137]) Planck § 268 Anm. 6.
[138]) Crome Bd. 2,1 S. 344 Anm. 11.

dazu veranlaßt, den den Gläubiger befriedigenden Dritten die Stellung des Gläubigers einzuräumen, so werden wir auch zu einer annehmbaren Konstruktion des gesetzlichen Forderungsüberganges gelangen.

Der Gläubiger hat an dem Schuldverhältnisse lediglich das Interesse, daß er die vom Schuldner versprochene Leistung erhält. Hat er also z. B. ein Darlehn gegeben, so kommt es ihm nur darauf an, daß er das Geleistete in gleicher Art, Güte und Menge zurückerhält. Von wem er die Leistung erhält, ist gleichgültig. Daß der Schuldner ihn befriedigt, hat für ihn nur insofern Bedeutung, daß er dadurch keinen Vermögensschaden erleidet. Andererseits ist es auch für den Schuldner im allgemeinen ohne Bedeutung, an wen er leistet, ob an den ursprünglichen Gläubiger oder einen Dritten, der an seine Stelle getreten ist. Die im Anschlusse an § 399 besprochenen Fälle kommen hier nicht in Betracht, da in diesen Fällen ein gesetzlicher Forderungsübergang ausgeschlossen ist. Befriedigt nun ein Dritter, der, wie es bei den Subrogationsfällen der Fall ist, ein rechtliches Interesse daran hat, den Gläubiger, so erfüllt er damit, wie wir oben dargelegt haben, nicht eine eigene Schuld, sondern eine fremde. Für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit[139]) muß nun dem Leistenden billigerweise ein Ersatz geschaffen werden. Das Gesetz regelt diesen Ersatzanspruch dadurch, daß es den Dritten an die Stelle des Gläubigers treten läßt. Der Gläubiger hat mit der Befriedigung kein materielles oder rechtliches Interesse mehr an dem Schuldverhältnis, er scheidet also aus, und an seine Stelle tritt der Leistende als neuer Gläubiger.[140]) Mit dem Eintritt in das Schuldverhältnis kann er nicht nur die persönliche Forderung geltend machen, sondern es stehen ihm auch naturgemäß alle für die Forderung bestellten Sicherungsrechte zur Verfügung, da er ja nach Befriedigung des Gläubigers die rechtliche Position desselben einnimmt.

Wir haben also einen tatsächlichen Fortbestand der Forderung und brauchen nicht, wie Matthiaß[141]) meint, zu einer Fiktion Zuflucht zu nehmen, um den gesetzlichen Forderungsübergang zu erklären.

---

[139]) Schulz S. 32, 53.
[140]) Endemann Bd. 1 S. 872; Crome Bd. 2,1 S. 343.
[141]) Matthiaß Bd. 1 S. 647g.

IV. Die Wirkungen des gesetzlichen Forderungsüberganges.

1. Rechtsbeziehungen zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger.

Zur Charakterisierung der Rechtsbeziehungen zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger können wir den Satz, der bei allen Subrogationsfällen Anwendung findet: „Der Übergang der Forderung kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden", oder wie man es im gemeinen Rechte auszudrücken pflegte: „nemo subrogat contra se" an die Spitze stellen.

Mit der Befriedigung des Gläubigers geht kraft Gesetzes die Forderung und die für sie bestellten Nebenrechte auf den Dritten über, ohne daß ein Mitwirken des Gläubigers erforderlich ist. Es geht daher die Forderung auf den Zahlenden über, ohne daß der Gläubiger die Verpflichtung hätte, für deren Bestand oder Güte zu haften.[142]) Wird der Schuldner insolvent, so steht dem Zahlenden gegen den alten Gläubiger kein Anspruch zu. Dieser Grundsatz, daß der Gläubiger nicht für den Bestand der Forderung und die Zahlungsfähigkeit des Schuldners hafte, war in den § 300 des 1. Entw. ausdrücklich aufgenommen,[143]) ist aber dann wieder fallen gelassen worden, da er sich aus der juristischen Natur des gesetzlichen Forderungsübergangs von selbst ergibt.

Von besonderer Wichtigkeit ist der Satz, daß die übergegangene Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann, für den Übergang der Nebenrechte (§ 401). Wir haben oben schon festgestellt, daß der Forderungsübergang und damit der Übergang der Nebenrechte einmal abhängt allein von der Befriedigung des Gläubigers, z. B. § 774 Abs. 1. In andern Fällen, wenn für die Forderung mehrere Sicherheiten bestellt sind, hängt der Übergang der Nebenrechte auf einen der Sicherheit Leistenden nicht nur von der Befriedigung des Gläubigers, sondern auch von einer Ausgleichungsberechtigung des Zahlenden gegen die übrigen Sicherheit Leistenden ab. Wir sahen in diesen Fällen schon eine Einschränkung der Bestimmung des § 401. Eine Einschränkung des § 401 wird auch durch die Anwendung des Satzes, daß die übergegangene Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, bedingt. Diese Einschränkung ist aber dahin zu verstehen, daß die Nebenrechte mit der Befriedigung

---

[142]) Crome Bd. 2, 1 S. 346; Stammler S. 204, 205.
[143]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 127.

des Gläubigers auf den Zahlenden zwar übergehen, aber nicht geltend gemacht werden können, wenn ihre Geltendmachung dem Gläubiger zum Nachteil gereichen würde. Der Gläubiger kann demnach zwar nicht den Übergang der Forderung und Nebenrechte verhindern, indem er geltend macht, daß der Übergang ihm zum Nachteil gereicht,[144]) er kann aber, wenn der Dritte Befriedigung aus der übergegangenen Forderung und den Nebenrechten sucht und damit ein Nachteil für den Gläubiger verbunden ist, den Dritten an der Durchführung seines Anspruchs hindern. Erhebt der Dritte seinen Anspruch im Prozeß gegen den Gläubiger selbst, so steht diesem eine Einrede zu. Mit Schollmeyer (a. a. O.) ist es wohl als richtig anzunehmen, daß der Gläubiger erst auf Grund einer Einrede, daß die Geltendmachung der Forderung ihm zum Nachteil gereiche, eine Abweisung des Anspruchs des Dritten erreichen kann. Nicht dagegen kann es Aufgabe des Gerichts sein, wie Planck[145]) annimmt, den klagenden Dritten mit seinem Anspruch schon dann abzuweisen, „wenn aus den Verhandlungen sich ergibt, daß die Geltendmachung dem Gläubiger zum Nachteile gereicht".

Betreibt der Dritte zur Realisierung seines Anspruchs die Zwangsvollstreckung in den zur Sicherung bestellten Gegenstand oder in das belastete Grundstück, so kann der Gläubiger einen ihm dadurch drohenden Nachteil durch die ihm in den §§ 766, 771, 805 ZPO. gewährten Rechte den Nachteil abwenden.

Das Gleiche gilt für den Fall, daß der Dritte den Gläubiger nur teilweise befriedigt, worauf wir schon bei der Erörterung der einzelnen Subrogationsfälle eingegangen sind.

Unter demselben Gesichtspunkte wie § 401 ist die Anwendung des § 402 zu verstehen. Der Gläubiger ist zur Erteilung und zur Herausgabe der zum Beweise der übergegangenen Forderung dienenden Urkunden nur dann als verpflichtet anzusehen, wenn ihm dadurch kein Nachteil entsteht. Würde durch die Auskunft des Gläubigers der Dritte einen ungerechtfertigten Einblick in dessen Geschäfte erhalten oder benötigt der Gläubiger die Urkunden noch zur Geltendmachung anderer Forderungen oder Rechte, dann würde ein berechtigtes Interesse des Gläubigers bestehen, die Erfüllung der ihm nach § 402 auferlegten Pflichten zu verweigern.[146])

Wir können die Bedeutung des an die Spitze gestellten Satzes also dahin zusammenfassen, daß die Stellung des Gläubigers durch die Befriedigung von seiten eines Dritten nicht eine andere werden

---

[144]) vgl. Schollmeyer § 268 Anm. 5 S. 78.
[145]) § 268 Anm. 8.
[146]) Stammler S. 205; Planck Anm. 8 zu § 268 S. 58.

darf, als sie durch die Befriedigung des Schuldners geworden wäre.[147]) Wenn wir diesen Modus zur Beurteilung des Satzes, daß die Geltendmachung der übergegangenen Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers gereichen darf, als Prinzip annehmen, dann wird sowohl eine Schädigung des Gläubigers als auch eine übermäßige Belastung eines Dritten vermieden werden.

Für die Rechtsbeziehungen zwischen altem und neuem Gläubiger kommt noch die Bestimmung des § 403 in Betracht. Auf Grund dieses ist der alte Gläubiger verpflichtet, dem neuen Gläubiger eine Urkunde darüber auszustellen, daß er den gesetzlichen Übergang der Forderung anerkenne. Der neue Gläubiger ist aber verpflichtet, die erforderlichen Kosten zu bezahlen oder vorzuschießen.

2. Rechtsbeziehungen zwischen dem Schuldner, dem alten und neuen Gläubiger.

Nach dem geltenden Rechte ist beim Übergange einer Forderung sowohl im Wege des Vertrags als auch auf Grund gesetzlicher Bestimmung die Mitwirkung des Schuldners nicht erforderlich. Nicht einmal einer Mitteilung über den Forderungsübergang an den Schuldner bedarf es, um den Eintritt der Rechtswirkungen, die durch den Gläubigerwechsel stattfinden, zu ermöglichen.

Um den Schuldner durch den, ohne sein Wissen stattgefundenen, Gläubigerwechsel nicht zu schädigen, bedurfte es einer Anzahl Schutzmaßregeln zugunsten des Schuldners. Wenn auch die Forderung mit Abschluß des Abtretungsvertrags oder bei Eintritt der gesetzlichen Voraussetzung auf den neuen Gläubiger übergeht, so hat der Schuldner die Wirkungen des Forderungsübergangs erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn ihm der Forderungsübergang bekannt geworden ist. Wir können daher verschiedene „Entwicklungsvorgänge" in dem Verhältnis des Schuldners zum neuen und alten Gläubiger unterscheiden.[148])

a) Das erste Stadium ist, daß der Schuldner überhaupt nichts von dem Forderungsübergang weiß. Dann ergibt sich für den Schuldner keine Änderung der Rechtslage. Er kann an den alten Gläubiger leisten mit der Wirkung, daß er von seiner Verbindlichkeit befreit wird; er kann alle einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung gegenüber dem alten Gläubiger vornehmen, ohne daß dadurch dem neuen Gläubiger ein Anspruch gegen den Schuldner erwächst (§ 407 Abs. 1). Durch

---

[147]) Zeitlmann in Seufferts Bl. f. Rechtsanw. 74. Jahrg. 1909 Nr. 3 S. 78 ff.

[148]) Endemann Bd. 1 S. 877; Cosack Bd. 1, 1 S. 457 ff.

die Leistung erlangt der Schuldner Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Erfährt er nachträglich, daß zur Zeit seiner Leistung die Forderung schon an einen Dritten übergegangen war, dann kann er das Geleistete von dem alten Gläubiger nicht zurückverlangen, denn dem Schuldner gegenüber war ja der bisherige Gläubiger noch zur Empfangnahme der Leistung berechtigt. Es ist dies einer von den Fällen, von denen Endemann[149]) spricht, „bei denen die Stellung eines Forderungsberechtigten nach außen hin objektiv festgestellt ist mit der Wirkung, daß eine von dem gutgläubigen Schuldner an jenen bewirkte Leistung volle befreiende Wirkung dem wahren Gläubiger gegenüber hat". Aus dieser Rechtslage und nicht nur aus der Vorschrift des § 407 als einer Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners, wie Planck[150]) annimmt, ergibt sich die Wirkung der Leistung des Schuldners und die Unmöglichkeit, dieselbe zurückzufordern.[151])

Das gleiche gilt, wenn in einem nach dem Forderungsübergang anhängig gewordenen Rechtsstreit zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, der Schuldner aber erst nach Rechtshängigkeit von dem Übergange Kenntnis erlangt (§ 407 Abs. 2). In diesem Falle wirkt das Urteil sowohl gegen den alten als auch gegen den neuen Gläubiger (§§ 265, 325 ZPO.), „denn es muß im Falle eines Prozesses dasselbe gelten, was wir im Anschluß an die freiwillige Erfüllung gesagt haben".[152])

b, α) Das zweite Stadium ist das, daß der Schuldner Kenntnis von dem Forderungsübergang erhalten hat. Auf welche Weise ihm diese Kenntnis geworden ist, ist gleichgültig. Erforderlich ist aber eine zuverlässige[153]) Nachricht, ohne daß sie jedoch auf einer formellen Anzeige des alten oder neuen Gläubigers beruht. Ist es streitig, ob der Schuldner die Kenntnis gehabt hat, so muß sie der neue Gläubiger beweisen, wobei jedoch „ein Kennenmüssen dem Kennen nicht gleichsteht".[154])

Mit der Kenntnis von dem Forderungsübergang verliert der Schuldner das Recht, mit dem alten Gläubiger Rechtsgeschäfte irgendwelcher Art, die auf die Forderung Bezug haben, vorzunehmen. Andererseits ist er aber auch dem neuen Gläubiger

---

[149]) Bd. 1 S. 573
[150]) § 407 Anm. 1 S. 282.
[151]) Endemann Bd. 1 S. 878 u. 878,22; Schollmeyer S. 379 Anm. 1b zu § 407.
[152]) Schollmeyer § 407 Anm. 2; Endemann S. 878, 23; Planck Anm. 2 zu § 407.
[153]) Cosack Bd. 2 S. 457ff.
[154]) Cosack a. a. O.

gegenüber nicht zur Leistung verpflichtet, und zwar auch dann noch nicht, wenn der alte Gläubiger eine formlose Anzeige an den Schuldner richtet, der neue Gläubiger aber nicht eine Urkunde vorlegt (§ 409 Abs. 1 Satz 1; vgl. § 410 Abs. 1). Auch einseitige Rechtsgeschäfte von seiten des neuen Gläubigers, wie Kündigung oder Mahnung, haben für ihn keine Wirkung, wenn er sie unverzüglich zurückweist (§ 410 Abs. 1). Die Bestimmung des § 410 Abs. 1, daß der Schuldner bei bloßer Kenntnis des Forderungsüberganges die Leistung verweigern kann, hat dieselbe Bedeutung wie das einem Schuldner nach § 273 zustehende Zurückbehaltungsrecht.[155]) Denn wie dort der Schuldner auf Grund seines fälligen Anspruchs erst verpflichtet ist, nach Leistung des Gläubigers seinerseits zu leisten, so hat der Schuldner hier auf Grund seines Anspruchs, die Vorlegung einer Urkunde vom Gläubiger zu verlangen, das Recht, bis zur Vorlegung derselben die Erfüllung der zedierten Forderung zu verweigern. Es findet daher auch § 274 Anwendung. Klagt der neue Gläubiger gegen den Schuldner, so ist der Schuldner nur zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen, d. h. zur Leistung erst verpflichtet, wenn ihm der neue Gläubiger eine Urkunde, in der der alte Gläubiger den gesetzlichen Forderungsübergang anerkennt, aushändigt. Die Bestimmung des § 273 Abs. 3 kann aber in unserem Falle nicht in Anwendung kommen, da § 410 Abs. 1 lediglich zum Schutze des Schuldners besteht. Diese Schutzvorschrift würde illusorisch werden, wenn der neue Gläubiger seine Verpflichtung, eine den Forderungsübergang bestätigende Urkunde vorzulegen, durch Sicherheitsleistung umgehen könnte.[156]) Zum gleichen Ergebnis kommen Planck und Oertmann,[157]) indem sie aber davon ausgehen, daß dem Schuldner kein selbständiges Recht auf Aushändigung einer Urkunde zustehe, was sich aus der Verschiedenheit der Fassung zwischen § 410 u. § 368 ergäbe. Sie nehmen an, daß dem Schuldner aus dem § 410 Abs. 1 nur eine aufschiebende Einrede zusteht, auf Grund deren der Schuldner die Leistung verweigern kann, aber nicht ein dem Zurückbehaltungsrecht entsprechendes selbständiges Recht auf Verweigerung der Leistung. Sie schließen deshalb die Anwendung der für das Rückbehaltungsrecht (§§ 273 ff.) geltenden Vorschriften auf unseren eben besprochenen Fall aus.

b, β) Eine vollständige Klärung der Rechtslage wird herbeigeführt durch eine schriftliche Anzeige des alten Gläubigers oder durch die Vorlegung einer Urkunde durch den neuen Gläubiger,

---

[155]) Endemann a. a. O. S. 879, 27.
[156]) Endemann a. a. O.
[157]) Planck § 410 Anm. 3; Oertmann § 410 Anm. 2.

in der der bisherige Gläubiger den Übergang der Forderung anerkennt (§§ 410 Abs. 2, 409 Abs. 1 Satz 2).[158])

Durch die schriftliche Anzeige des alten Gläubigers oder die Vorlegung der Urkunde durch den neuen Gläubiger wird der neue Gläubiger dem Schuldner gegenüber einwandfrei unter der Voraussetzung, daß die Urkunde gültig ist, als berechtigt legitimiert.

Andererseits gibt der alte Gläubiger mit der Anzeige an den Schuldner alle seine Rechte gegen denselben auf. Die Anzeige ist ein „einseitiges empfangsbedürftiges, abstraktes Rechtsgeschäft[159]) des Gläubigers mit konstitutiver Rechtswirkung für den Schuldner".[160]) Durch die in der Anzeige liegende Entäußerung[161]) hat der alte Gläubiger zu erkennen gegeben, daß er sich zugunsten eines anderen seines Rechtes gegen den Schuldner begeben hat. Der Gläubiger muß also alle Rechtshandlungen des Schuldners, die dieser in Ansehung der Forderung mit dem neuen Gläubiger vornimmt, gegen sich gelten lassen, auch für den Fall, daß der Forderungsübergang gar nicht stattgefunden hat oder unwirksam ist (§ 409 Abs. 1).

Zugunsten des neuen Gläubigers bestimmt § 409 Abs. 2, daß die Anzeige des alten Gläubigers nur mit der Zustimmung des neuen Gläubigers wieder zurückgenommen werden kann.

3. Die rechtliche Stellung des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger.

Durch die im vorhergehenden besprochenen Bestimmungen wird der gute Glaube des Schuldners geschützt. Außerdem soll aber der Schuldner durch den Übergang der Forderung auch nicht in seinen, ihm dem alten Gläubiger gegenüber zustehenden Rechten einen Nachteil erleiden.[162])

a) Es ist daher eine besondere Vorschrift in § 406 gegeben, die die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners gegen den neuen Gläubiger betrifft. Hat der Schuldner nach dem Forderungsübergang, aber in Unkenntnis desselben eine Forderung gegen den alten Gläubiger erworben, mit der er gegen die Forderung des alten Gläubigers hätte aufrechnen können, so steht ihm dasselbe Recht auch gegenüber dem neuen Gläubiger zu. Diese Bestimmung des § 406 bildet zwar ebenso wie die des § 392[163]) eine Aus-

---

[158]) Cosack Bd. 1, 1 S. 458.
[159]) Endemann S. 880, 32.
[160]) Crome Bd. 2, 1 S. 333.
[161]) Endemann a. a. O.
[162]) Staudinger § 404 Anm. 1.
[163]) Oertmann § 406 Anm. 2.

nahme von der nach § 387 unter gewöhnlichen Umständen zulässigen Aufrechnung. Diese Ausnahme erklärt sich aber daraus, daß der Schuldner vor den Rechtswirkungen eines ohne sein Wissen stattgefundenen Forderungsüberganges geschützt werden soll. Es ist daher nur billig, daß er dieselbe Forderung, die er ohne Eintreten des Forderungsübergangs gegen den alten Gläubiger hätte aufrechnen können, auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen kann. Ausgeschlossen ist die Aufrechnung aber dann, wenn der Schuldner beim Erwerbe der Forderung Kenntnis von dem Übergange hatte oder die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist (§ 406 a. E.).

b) Weiter stehen dem Schuldner gegenüber dem neuen Gläubiger alle Einwendungen zu, die zur Zeit des Forderungsüberganges gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (§ 404). Unter Einwendungen[164]) sind alle Einreden zu verstehen. Es kommen sowohl die Einreden in materiellrechtlichem Sinne in Betracht wie die prozessualen Einreden.[165])

In § 302 des 1. Entw. war die Bestimmung enthalten, „daß der Schuldner Einreden, die eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben, nicht geltend machen kann". Diese Bestimmung ist in das Gesetz nicht aufgenommen worden. Schollmeyer[166]) folgert aus dem Wortlaut des § 404, daß auch solche Einreden an sich dem Schuldner zuständen, nur deshalb nicht geltend gemacht werden könnten, weil das Bürgerliche Gesetzbuch derartige höchstpersönliche Einreden nicht kenne. Schollmeyer erkennt aber an, daß auf Grund einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner doch derartige Einreden entstehen können, deren Geltendmachung gegen den neuen Gläubiger er ohne Begründung ablehnt. Richtig erscheint die Ansicht Standingers,[167]) der aus der juristischen Natur des gesetzlichen Forderungsüberganges als einer Sondernachfolge in die Forderung den Ausschluß der höchstpersönlichen Einreden folgert. Denn auf den neuen Gläubiger geht mit dem Forderungsübergang nur der „objektive Inhalt des Schuldverhältnisses über",[167]) daher sind Einreden, die nur aus der Person des alten Gläubigers hervorgehen, nicht gegen den neuen Gläubiger berechtigt.[168])

---

[164]) Planck Bd. 1 Vorbem. VIII S. 497.
[165]) Mot. Bd. 1 S. 359.
[166]) § 404 Anm. 2.
[167]) § 404 Anm. 1.
[168]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 130 a. E.

Das Gesetz bestimmt, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber nur die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung begründet waren. Diese Vorschrift ist nicht in der Weise aufzufassen, daß der Schuldner nur die Einwendungen gegen den neuen Gläubiger geltend machen könne, die ihm schon gegen den alten Gläubiger zustanden. Vielmehr ist nur erforderlich, daß der Rechtsgrund, auf den sich die Einrede stützt, schon vor dem Übergange der Forderung bestanden hat. Wenn dagegen die Tatsachen, die die Geltendmachung einer Einwendung begründen, erst nach Übergang der Forderung eintreten, so wird dadurch die Berechtigung des Schuldners, derartige Einwendungen geltend zu machen, nicht berührt.[169]) Diese Ansicht wird auch schon in den Mot. Bd. 2 S. 129 vertreten, und man beließ es bei der Bestimmung des § 302 des 1. Entw., um eine restriktive Interpretation überhaupt unmöglich zu machen. Wenn sich nun auch die Notwendigkeit der Änderung des § 302 später ergeben hat, so dürfen wir doch daraus noch nicht schließen, daß damit das in den Mot. a. a. O. Gesagte unzutreffend würde.

Außer den Einwendungen, die dem Schuldner auf Grund des § 404 zustehen, kann er auch alle Einwendungen aus der Person des neuen Gläubigers und die ihm auf Grund eines zwischen dem neuen Gläubiger und ihm bestehenden Rechtsverhältnisses zustehenden Einwendungen geltend machen.[170])

Auf die Berechtigung des Schuldners zu solchen Einwendungen ist in den §§ 774 Abs. 1 Satz 3, 1143 u. 1225 ausdrücklich hingewiesen, während in den anderen Subrogationsfällen in den §§ 268, 1150, 1249, 1607, 1709 auf diese Bestimmung nicht Bezug genommen wird.

Stammler[171]) sucht diesen Unterschied in den Bestimmungen des gesetzlichen Forderungsüberganges in den Subrogationsfällen rein äußerlich daraus zu erklären, daß die einzelnen Bestimmungen zu sehr zerstreut und in so verschiedenem Zusammenhange gegeben sind. Man dürfe daher nicht den Schluß ziehen, daß für die Subrogationsfälle, bei denen diese Bestimmung fehlt, etwas anderes zu gelten habe als für die Fälle, bei denen die Geltendmachung der Einwendungen aus einem besonderen Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und neuen Gläubiger ausdrücklich erwähnt sei.

Koban[172]) dagegen sieht in der Verschiedenheit der Bestimmungen in den Subrogationsfällen bezüglich des § 774 Abs. 1

---

[169]) Staudinger § 404 Anm. 4.
[170]) Planck § 774 Anm. 6c S. 840.
[171]) S. 204.
[172]) Koban a. a. O. S. 77 ff., 100 ff.

Satz 3 und seiner Anwendung auf §§ 1143 u. 1225 gegenüber den andern Fällen einen schwerwiegenden Unterschied. Er glaubt daraus schließen zu müssen, daß man zwei verschiedene Arten von Subrogationen zu unterscheiden hat: „bedingte Subrogationen" (§§ 774, 1143 u. 1225) und „unbedingte Subrogationen" (§§ 268, 1150, 1249, 1607 u. 1709). Koban[173]) gelangt zu dieser Unterscheidung, weil er davon ausgeht, daß durch die Zahlung des Bürgen stets ein Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Schuldner entsteht. Er nimmt an, daß auch dann, wenn der Bürge nicht als Mandatar oder negotiorum gestor für den Schuldner zahlt, allein durch die Zahlung des Bürgen ein Rechtsverhältnis zwischen den beiden begründet wird. Der § 774 Abs. 1 Satz 3 soll dann Anwendung finden nicht nur mit Rücksicht auf die Einwendungen, die aus einem „besonderen, selbständigen Rechtsgeschäfte", Auftrag oder negotiorum gestio, resultieren, sondern auch auf die Anwendungen, die durch das durch die Zahlung regelmäßig entstehende Rechtsgeschäft begründet werden.

Die Berechtigung der Unterscheidung zwischen einem besondern und regelmäßig durch bloße Zahlung entstehenden Rechtsverhältnisse erscheint zweifelhaft.[174]) Insbesondere scheint die Annahme nicht gerechtfertigt zu sein, daß lediglich durch Zahlung des Bürgen ein Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem Schuldner begründet werde. Zahlt z. B. ein Bürge, ohne daß ein „besonderes" Rechtsgeschäft zwischen ihm und dem Schuldner besteht, nur in der Absicht, sich von seiner Bürgschaftsverpflichtung, weil sie ihm vielleicht lästig ist, zu befreien, dann kann man wohl kaum von einem durch die Zahlung des Bürgen zwischen ihm und dem Schuldner entstehenden Rechtsverhältnisse sprechen.[175]) Wollte man aber annehmen, daß durch die bloße Zahlung schon ein Rechtsverhältnis zwischen dem Leistenden und Schuldner begründet wird, dann muß diese Annahme wohl auch für die Fälle der §§ 268, 1150 usw. gelten.

Wir müssen also die Berechtigung der Prämisse, von der Koban ausgeht, verneinen. Wird die Prämisse hinfällig, dann sind auch die weiteren Folgerungen, die Koban aus ihr zieht, irrtümlich. Es ist also die Unterscheidung in unbedingte und bedingte Subrogationsfälle als nicht gerechtfertigt anzusehen.

Richtig erscheint die Lösung dieses Problems, die Sternberg[176]) gibt. Sternbergs Ansicht geht dahin, daß in den

---

[173]) S. 77.
[174]) Sternberg S. 554.
[175]) vgl. Sternberg S. 555.
[176]) S. 554 ff.

Fällen der §§ 268, 1150 u. 1249 der Leistende vor der Leistung mit dem Schuldner in keine rechtliche Beziehung tritt, z. B. der Pfandeigentümer, dessen Sache durch einen Dritten für den Schuldner zum Pfande gestellt wird.[177]) Es wird also kaum vorkommen, daß zwischen dem Ablösungsberechtigten und dem Schuldner ein Rechtsgeschäft zustande kommt, auf Grund dessen der Schuldner Einwendungen gegen den Ablösenden herleiten könnte. Eine diesbezügliche Bestimmung bei diesen Fällen aufzunehmen, wäre daher überflüssig gewesen. Sollte aber doch einmal ein Rechtsverhältnis zwischen den Ablösungsberechtigten zustande gekommen sein, dann ist der Schuldner ebenso berechtigt wie im Falle des § 774, Einwendungen aus diesem Rechtsverhältnisse gegen den neuen Gläubiger geltend zu machen.

Entgegengesetzt liegen die Verhältnisse in den Fällen der §§ 774, 1143, 1235. Bei der Bürgschaftsleistung oder der Belastung eines Grundstücks zugunsten einer Forderung des Gläubigers wird es das Regelmäßige sein, daß der Bürge oder Grundstückseigentümer mit dem persönlichen Schuldner einen Vertrag eingehen, in dem sie ihre Rechtsbeziehungen, besonders den Rückgriff des Sicherheitsleistenden betreffend, genau regeln. Es war daher erforderlich, für diese Fälle eine Bestimmung aufzunehmen, aus der hervorgeht, daß wenn auch der Leistende nur auf Grund der übergegangenen Forderung einen Rückgriff gegen den Schuldner nimmt, der Schuldner doch auch die ihm aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse zustehenden Einwendungen geltend machen kann.[178])

V. Rechtsverhältnisse bei mehrfachem Forderungsübergange.

Ein mehrfacher Forderungsübergang läßt sich in doppelter Weise denken:

1. Der alte Gläubiger tritt die Forderung, obwohl sie bereits auf einen andern übergegangen ist, noch an einen andern ab. In diesem Falle ist, wenn der erste Forderungsübergang zu Recht besteht, die weitere Verfügung des Gläubigers nichtig,[179]) denn nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Erleidet der Berechtigte durch Verfügung des alten Gläubigers einen Nachteil, so kann er gegen denselben auf Grund der §§ 823 ff. vorgehen. Außerdem kann der Berechtigte auf Grund des § 816

[177]) Sternberg S. 555.
[178]) vgl. Planck § 774 Anm. 6c; Schulz S. 102/03.
[179]) Mot. Bd. 2 S. 134.

gegen den Dritten auf Herausgabe des Erlangten klagen, ein Anspruch, der sich auch gegen den Schuldner richten kann, wenn die Voraussetzungen des § 816 Abs. 1 Satz 2 vorliegen.

2. Kann der neue Gläubiger die auf ihn übergegangene Forderung weiter abtreten oder die Forderung kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, kraft Gesetzes auf einen andern übergehen. Dieser Forderungsübergang ist gültig, und die Rechtsverhältnisse zwischen diesen beiden Kontrahenten bestimmen sich nach denselben Grundsätzen, wie wir sie unter IV, 1 kennen gelernt haben.

Wie weit der Dritte von dem jetzigen Zedenten Auskunft erlangen und Herausgabe der zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden verlangen kann, richtet sich darnach, wie weit der Zedent dazu imstande ist. Hatte dessen Gläubiger nicht alle Urkunden herausgegeben oder nur unvollständige Auskunft gegeben, um sich vor Nachteil zu schützen, dann kann auch der jetzige Zedent nur den daraufzielenden Anspruch des Dritten insoweit erfüllen. Ein unmittelbarer Anspruch gegen den ersten Gläubiger auf Auskunftserteilung oder Herausgabe der Urkunden, wie ihn Schollmeyer[180]) annimmt, kann dem Dritten nicht zugestanden werden, da dafür eine rechtliche Begründung nicht vorhanden ist.[181])

Die Stellung des Schuldners regelt sich in beiden Fällen nach den Bestimmungen des § 408, der dem Schuldner den gleichen Schutz des guten Glaubens in diesem Falle gewährt wie in dem durch § 407 berücksichtigten Falle.

Hat der Schuldner nur von einem Forderungsübergang Nachricht erhalten, so ist er berechtigt, an den ihm benannten neuen Gläubiger zu leisten, auch wenn die Abtretung oder der gesetzliche Übergang der Forderung diesem gegenüber nichtig war. Der Schuldner wird durch seine Leistung befreit, und er kann daher von dem Nichtberechtigten das Geleistete auch nicht wieder zurückverlangen.[182]) Der Berechtigte muß die Leistung gegen sich gelten lassen. Ebenso wirkt ein zwischen dem Schuldner und dem ihm benannten Zessionar ergangenes Urteil auch gegen den Dritten.[183])

Als einzige Ausnahme gilt in diesem Falle, daß die Sondervorschrift des § 406 nicht in Anwendung kommt, da § 408 nicht auf ihn Bezug nimmt.[184])

---

[180]) § 402 Anm. 4.
[181]) Endemann Bd. 1 S. 882, 37.
[182]) Mot. Bd. 2 S. 134 a. E.
[183]) Planck § 408 Anm. 1; Endemann S. 882.
[184]) Schollmeyer § 408 Anm. 1 S. 382; Planck § 408 Anm. 1.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.